Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach deutschem und österreichischem Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Genneper
aus Essen
Referendar am Landgericht zu Essen

Approbiert am 15. November 1928.

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1929

24.294

Referent:
Geheimer Rat Univ.-Professor Dr. Sehling.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0030

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Begriff und Zweck der Liquidation 1

II. Voraussetzungen der Liquidation 2

III. Die rechtliche Natur des nach der Auflösung eintretenden Zustandes 4

IV. Die Persönlichkeit der Liquidatoren.
A. Die Berufung oder Ernennung der Liquidatoren.
a) Berufung durch Gesetz 6
b) Berufung durch Vertrag 9
c) Ernennung durch den Richter.
1. Allgemeines 10
2. Der Weg der Ernennung 12
B. Abberufung oder Rücktritt der Liquidatoren . . . 13

V. Die Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft.
A. Das Rechtsverhältnis der Liquidatoren
a) gegenüber den früheren Gesellschaftern . . . 15
b) gegenüber dritten Personen 17
c) Inhalt und Umfang der Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis der Liquidatoren 18
B. Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter
a) der Gesellschafter zueinander 21
b) gegenüber dritten Personen 23

VI. Die Verwirklichung des Liquidationszwecks.
A. Das Abwicklungsverfahren.
a) Beendigung der laufenden Geschäfte 25
b) Erfüllung der Verbindlichkeiten 26
c) Versilberung des Gesellschaftsvermögens . . . 28
d) Einziehung der Forderungen 29
B. Das Auseinandersetzungsverfahren.
a) Aufstellung der Bilanzen 30
b) Abschlagsverteilungen 32
c) Schlußverteilung 33

VII. Ordnungsvorschriften 34

VIII. Das Ende der Liquidation 36

Literatur-Verzeichnis.

Bauer: Bilanz und Gewinnberechnung, Auflösung und Auseinandersetzung bei der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und stillen Gesellschaft, 2. Auflage. Leipzig 1913.

Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts, 10. Jahrgang, Nr. 10. Berlin 1899.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Tübingen 1900.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1897.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. IV. Mannheim 1917.

Ehrenreich-Fischer: Oesterreichische Gesetzeskunde, Bd. III. Wien 1912.

Francken: Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung. Stuttgart 1890.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. Berlin 1909.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, Bd. II. Berlin 1905.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Stuttgart 1921.

Hergenhahn-Tuchatsch: Die offene Handelsgesellschaft. Leipzig 1894.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Aufl., 1907.

Jerschke: Der Liquidator der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Erlangen 1895.

Juristische Blätter: 57. Jahrgang, Nr. 5.

Juristische Wochenschrift: 1925 und 1913 Nr. 14.

Lastig: Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften. Halle 1900.

Lehmann-Hoeniger: Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., I. Halbband. Berlin und Leipzig 1921.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I. Berlin 1914.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl., Bd. I. Berlin 1906.

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, 14. Jahrgang, 1905, Nr. 12.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage. Tübingen 1928.

North: Liquidator und Konkursverwalter von Handelsgesellschaften. Diss. Rostock 1906.

Oberlandesgerichtsentscheidung: Bd. 16, S. 92.

Pinther: Die rechtliche Stellung der Liquidatoren einer offenen Handelsgesellschaft nach geltendem Recht. Diss. Leipzig 1909.

v. Randa: Das Oesterreichische Handelsrecht mit Einschluß des Genossenschaftsrechtes, Bd. II. Wien 1905.

Reichsgerichtsentscheidungen: Bd. 1, S. 265; Bd. 2, S. 32; Bd. 5, S. 8; Bd. 24, S. 71; Bd. 25, S. 256; Bd. 28, S. 134; Bd. 29, S. 16, 67; Bd. 31, S. 46; Bd. 40, S. 28, 31; Bd. 41, S. 75; Bd. 43, S. 135; Bd. 44, S. 84; Bd. 45, S. 155; Bd. 56, S. 433; Bd. 72, S. 120; Bd. 80, S. 107.

Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen: Bd. 7, S. 71; Bd. 9, S. 32, 84; Bd. 16, S. 289; Bd. 19, S. 194; Bd. 20, S. 11; Bd. 21, S. 142, 308; Bd. 22, S. 136, 204, 243; Bd. 23, S. 195, 334; Bd. 24, S. 144; Bd. 25, S. 163, 159, 166.

Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, 10. Jahrgang, 4. Heft. Leipzig 1920.

Ritter: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.

Salinger: Die Gesellschaften des Handelsrechts im Gründungs- und Liquidationsstadium. Diss. Jena 1914.

Sehling: Das Handelsgesetzbuch, 1924.

Siquet: Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Straßburg 1896.

Staub-Pinner: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., Bd. I. Berlin und Leipzig 1926.

Staub-Pisko: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Oesterreich, Wien 1903, 5. Lieferung, und Wien 1902, 4. Lieferung.

Wieland: Handelsrecht, Bd. I. München und Leipzig 1921.

Wimpfheimer: Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908.

Zentralblatt für Handelsrecht, 3. Jahrgang, Berlin 1928, Nr. 5.

Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft nach deutschem und österreichischem Recht.

I. Begriff und Zweck der Liquidation.

Das Wort Liquidation wird in verschiedener Bedeutung gebraucht. Abgesehen von der im Sprachgebrauch des täglichen Lebens üblichen Bezeichnung Liquidation = Rechnung spricht der Verkehr, besonders der kaufmännische, häufig von Liquidation im Sinne der Beendigung des Betriebes eines einzelnen Kaufmanns. Diese Bedeutung deckt sich nicht mit dem technischen Begriff der Liquidation im Sinne der §§ 145 ff. dt. und Art. 133 ff. ö. HGB., da dieser die Auseinandersetzung der bisherigen Gesellschaft bezweckt und deshalb das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter voraussetzt.[1]) Ferner zählt auch diejenige Auseinandersetzung bei der Auflösung von Gesellschaften nicht hierher, die nicht nach den vom Gesetz, sondern durch Vereinbarung der Gesellschafter aufgestellten Regeln vor sich geht.

Die für den juristischen Begriff der Liquidation aufgestellten Definitionen sind nicht sehr zahlreich. Lehmann[2]) und mit ihm manche andere bestimmmen die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft als das „gesetzliche außergerichtliche Abwicklungsverfahren der aufgelösten Gesellschaft." Dieser Begriffsbestimmung fehlt jede Hervorhebung der Eigentümlichkeiten der Liquidation im Vergleich zu anderen Auseinandersetzungsverfahren. Eine andere Gruppe gibt mehr eine Beschreibung als eine Umschreibung. So Wieland[3]) „Die Liquidation ist das außergerichtliche Verfahren, wodurch vermittelst Versilberung des Vermögens, Tilgung der Verbindlichkeiten und Abwicklung der zur Zeit der Auflösung noch schwebenden Geschäfte Gewinn und Verlust abschließend ermittelt

[1]) RG., Bd. 1, S. 265.
[2]) S. 267.
[3]) S. 690.

und die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern vollzogen wird." Aehnlich spricht sich Siquet[4]) aus. Beide Definitionen leiden ferner an dem Mangel, daß sie es unterlassen, als wesentliches Merkmal die Führung der Liquidationsgeschäfte durch die Gesellschaft oder die Gesellschafter selbst hervorzuheben. Dagegen ist die Begriffsbestimmung Staub-Pisko's[5]) in dieser Hinsicht einwandfrei. Sie lautet: „Ihr" — der Liquidation — „Inhalt besteht darin, daß eine Abwicklung gewählt wird, bei welcher für gemeinschaftliche Rechnung und in gemeinsamem Namen die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der Gesellschaft erfüllt, die Forderungen der Gesellschaft eingezogen und das Vermögen der Gesellschaft versilbert wird. Alles dies geschieht aber nicht in der Form eines gerichtlichen Verfahrens." Vollständig ist indessen auch diese Definition nicht, da sie die Verteilung des Vermögens nicht mit aufnimmt.

Kurz, präzise u. alle Merkmale enthaltend, definiert Wimpfheimer:[6]) „Die Liquidation ist der Abbau der Gesellschaft, vorgenommen von ihr selbst oder ihren Mitgliedern zugunsten dieser und unter bestimmten gesetzlichen Schutzmaßregeln für die Gläubiger." Das Wort „Abbau" enthält alle die Tätigkeiten, die sonst als nach der Auflösung erforderlich, einzeln aufgezählt werden, wie Versilberung, Tilgung der Verbindlichkeiten, Einziehung der Forderungen und Vermögensverteilung. Das Ziel der Liquidation wird dadurch gekennzeichnet, daß der Abbau „zugunsten der Mitglieder" erfolgt. Auch das wichtige Merkmal, daß der ganze Vorgang „durch die Gesellschaft" erfolgt, ist in ihr enthalten. Daß sich das Verfahren „unter bestimmten gesetzlichen Schutzmaßregeln für die Gläubiger" abwickelt, deutet darauf hin, daß die Liquidation im juristischen Sinne sich nach gesetzlichen Regeln vollzieht im Gegensatz zu der Abwicklung nach freier Vereinbarung durch die Gesellschafter.

II. Voraussetzungen der Liquidation.

Der Eintritt der offenen Handelsgesellschaft in die Liquidation erfordert das Vorhandensein verschiedener Voraussetzungen, die teils positiver, teils negativer Natur sind. Die positiven Voraussetzungen sind zwar weder im deutschen, noch im österreichischen Handelsgesetzbuch ausdrücklich aufgeführt, doch ergeben sie sich von selbst als unbedingte Not-

[4]) S. 5.
[5]) S. 400.
[6]) S. 31.

wendigkeiten und sind in Wissenschaft und Rechtsprechung beider Länder anerkannt.

Zunächst muß die offene Handelsgesellschaft als solche bestanden haben. Das Reichsoberhandelsgericht[1]) sagt: „Ist eine beabsichtigte offene Handelsgesellschaft noch vor Eintritt ihrer Grundlagen vertraglich aufgehoben worden oder sonst aus irgendeinem Rechtsgrund als von Anfang an nicht zustande gekommen zu betrachten, obwohl sie bereits ihre Geschäfte begonnen hatte, so ist im Verhältnis der Gesellschafter zueinander (natürlich ohne Wirkung nach außen) anzunehmen, daß alle Vertragsleistungen, welche bis dahin noch nicht gemacht worden sind, in Wegfall kommen sollen, und die bis dahin bewirkte Gemeinschaft ist nur als eine tatsächliche zu bezeichnen, deren Auseinandersetzung nicht im Wege der Liquidation, sondern nach den Grundsätzen der communio incidens zu erfolgen hat." Es ist gleichgültig, ob die Gesellschaft eingetragen war oder nicht.[2]) Die Eintragung kann und muß allerdings nachgeholt werden; denn sonst wäre die vorgeschriebene Anmeldung der Liquidatoren nicht möglich und ferner könnte die Frist für die Verjährung der Forderungen gegen die einzelnen Gesellschafter nicht in Lauf gesetzt werden.[3])

Die Frage, ob die Liquidation auch stattfindet, wenn der Gesellschaftsvertrag für nichtig erklärt worden ist, ist zu verneinen[4]); denn: ist eine offene Handelsgesellschaft von Anfang an nichtig oder wird sie später für nichtig erklärt, so bestand unter den Genossen nur eine tatsächliche Gemeinschaft. Eine wesentliche Voraussetzung der Liquidation ist aber das Bestehen einer rechtsbeständigen Gesellschaft. Deshalb kann der die Subjekte der Liquidation bestimmende § 146 dt. HGB. und der für das österreichische Recht entsprechende Art. 133 ö. HGB. keine Anwendung finden, vielmehr regelt sich dann die Auseinandersetzung nach den Grundsätzen der Gemeinschaft.[5])

Die zweite positive Voraussetzung ist, daß die Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat. Bei der Auflösung durch Konkurs besteht eine Ausnahme, da hier nicht die Vorschriften über die Liquidation, sondern die des Konkursverfahrens maßgebend sind. Ist aber nach Beendigung des Konkurses noch Gesellschaftsvermögen vorhanden, so kann jetzt noch Liquidation stattfinden.[6]) Ferner ist erforderlich, daß über-

[1]) Bd. 22, S. 201.
[2]) Lehmann-Ring, S. 454.
[3]) Brand, S. 407; vgl. ferner ROHG., Bd. 22, S. 204.
[4]) Lehmann-Ring, S. 455; Goldmann, S. 645.
[5]) Vgl. Marcus in: Blätter für Rechtspflege, 10. Jahrgang, Nr. 10.
[6]) RG., Bd. 40, S. 31; ROHG., Bd. 16, S. 289; Staub-Pisko, S. 398.

haupt Aktivvermögen vorhanden ist, sonst kann eine Liquidation nicht stattfinden.[7])

Zu den negativen Voraussetzungen zählt, daß nicht eine andere Art der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern vereinbart worden ist. Für das deutsche Recht ist dieses in § 145 HGB. ausgesprochen, woraus hervorgeht, daß die Vorschriften über den Eintritt der Liquidation nur dispositive Normen sind. Das österreichische Handelsgesetzbuch enthält keine derartige Bestimmung, doch ist derselbe Grundsatz durch Wissenschaft und Rechtsprechung ausgebildet.[8]) Eine solche andere Art der Auseinandersetzung ist in verschiedener Weise denkbar, so z. B. durch Verkauf des Geschäfts und Teilung des Erlöses, durch Uebertragung des Vermögens an einen Gesellschafter, durch Naturalteilung oder durch Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.[9]) Besonders häufig ist eine Verabredung dahin, daß ein Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen soll. In diesem Falle wächst ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen dem übernehmenden Gesellschafter zu. Die Auseinandersetzung zwischen den ausscheidenden und den das Geschäft fortführenden Gesellschaftern bestimmt sich im deutschen Recht nach Maßgabe der §§ 738–740 BGB.[10]) Eine solche Vereinbarung muß aber von a l l e n Gesellschaftern getroffen sein; denn der Anspruch auf Liquidation ist ein unentziehbares Recht der Gesellschafter.[11]) Schließlich findet die Liquidation nicht statt, wenn über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist (§ 145,1 dt., Art. 133 ö. HGB), da das Konkursverfahren jedes anderweite Liquidationsverfahren absorbiert.

III. Die rechtliche Natur des nach der Auflösung eintretenden Zustandes.

Die offene Handelsgesellschaft findet mit der Auflösung ihr Ende. Um aber die Geschäfte, die durch die Liquidation notwendig werden, abwickeln zu können, muß sie in irgendeiner Gemeinschaftsform weiterbestehen oder wiederaufleben. Ueber die juristische Konstruktion dieses Zustandes herrscht lebhafter Streit.

---

[7]) Ehrenreich-Fischer, S. 317; Staub-Pisko, S. 398; RG., Bd. 40, S. 28.
[8]) Vgl. Staub-Pisko, S. 398.
[9]) RG., Bd. 43, S. 135; ROHG., Bd. 24, S. 144.
[10]) Goldmann, S. 646; RG., Bd. 31, S. 46; ROHG., Bd. 24, S. 144.
[11]) Lehmann-Ring, S. 455; ROHG., Bd. 22, S. 204.

Die Vertreter der Fiktionstheorie nehmen an, daß mit der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft diese ihr tatsächliches Ende erreicht habe. Da aber die Folge hiervon eine schwere Schädigung des Wirtschaftslebens sein würde, wählen sie als Ausweg, daß die frühere offene Handelsgesellschaft bis zur Abwicklung der Liquidationsgeschäfte als fortbestehend „fingiert" wird. Goldmann[1]) und Lastig[2]) sagen, die produktive Seite der Gesellschaft finde ihr Ende. Die Gesellschaft höre auf, eine Erwerbsgesellschaft zu sein, ein Handelsgewerbe zu betreiben und die für jeden Gewerbebetrieb wesentliche Gewinnabsicht bestehe nicht mehr.[3]) Eine Fiktion kann jedoch niemals eine wissenschaftliche Begründung abgeben und nur als Notbehelf betrachtet werden, solange kein anderer besserer Weg gefunden ist.

Eine andere Meinung, die als Sukzessiv- oder Zwangsvertragstheorie bezeichnet wird, geht dahin, daß eine neue Liquidationsgesellschaft an die Stelle der alten getreten sei.[4]) Cosack spricht von einem „Nachleben" der Gesellschaft.[5]) Jede Gesellschaft erfordert aber einen Eingehungsvertrag. Wie nun, wenn sämtliche Gesellschafter Stillschweigen beobachten? Francken[6]) hilft sich hier mit einer Präsumption, indem er die Liquidationsgesellschaft als eine neue, unter den alten Gesellschaftern spezifisch zum Zwecke der Liquidation präsumtiv geschlossene Gesellschaft betrachtet. Hiergegen ist einzuwenden, daß sich dieser Ausweg nur als eine Abwandlung der Fiktionstheorie darstellt; denn „präsumieren ist nicht besser als fingieren",[7]) nur daß Francken die Eingehung der Liquidationsgesellschaft, die Fiktionstheorie den Fortbestand der offenen Handelsgesellschaft fingiert. Der Haupteinwand aber, der gegen die Sukzessivtheorie zu erheben ist, liegt darin, daß ihre Anwendung große Schwierigkeiten und Gefahren für den Geschäftsverkehr nach sich zieht, ganz abgesehen davon, daß sie sich zum Gesetz in Widerspruch stellt. Man denke nur, wie Wimpfheimer[8]) mit Recht betont, an die Wirkung eines Subjektwechsels auf die mit Dritten, mit Angestellten, mit Abnehmern und Lieferanten laufenden Verträge.

---

[1]) S. 643.
[2]) S. 181.
[3]) Anhänger dieser Theorie sind ferner: Makover, S. 365, Ritter, S. 185, Brand, S. 390.
[4]) Cosack, S. 682.
[5]) Weitere Anhänger dieser Theorie sind: Francken, S. 142, und Crome, System I, § 54.
[6]) S. 142.
[7]) Siquet, S. 13.
[8]) S. 92.

Die richtige Würdigung des Zustandes der offenen Handelsgesellschaft nach ihrer Auflösung enthält vielmehr die Identitätstheorie. Nach ihr ist die offene Handelgesellschaft nach ihrer Auflösung keine neue Gesellschaft, sondern sie bleibt die alte, sie verändert nur ihren Zweck. War früher ihr Zweck auf Gewinnerzielung gerichtet, so hat sie jetzt den Zweck, zu liquidieren. Erst wenn es gelungen ist, die Gesellschaft aus allen rechtlichen und wirtschaftlichen Verkettungen zu lösen, ist sie voll erloschen. Bis dahin besteht sie weiter, aber nicht als neue Gesellschaft, nicht in einer Fiktion, sondern in ihrer alten Rechtspersönlichkeit.[9])

IV. Die Persönlichkeit der Liquidatoren.

A. Die Berufung oder Ernennung der Liquidatoren.

a) Berufung durch Gesetz.

Während durch die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft das Gesellschaftsverhältnis an sich unberührt bleibt, da nach der Identitätstheorie die Gesellschaft in ihrer alten Form nur mit verändertem Zweck fortbesteht, erlischt mit diesem Zeitpunkte der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht der Gesellschafter. Diese Befugnisse gehen nunmehr auf die Liquidatoren über. Wer als Liquidator berufen ist, bestimmt zunächst das Gesetz. Nach § 146 dt. HGB. erfolgt die Liquidation, „sofern sie nicht durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist, durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren". Der Inhalt des entsprechenden Art. 133 des österreichischen Handelsgesetzbuches stimmt damit sachlich überein. Sämtliche Gesellschafter sind demnach „geborene" Liquidatoren. Auch die nach dem Gesellschaftsvertrage von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter sind zu Liquidatoren berufen. Diese Gesetzesbestimmung erklärt sich aus folgendem: Der Betrieb einer Gesellschaft, deren Zweck vor der Auflösung auf Gewinnerzielung gerichtet ist, erfordert andere Fähigkeiten als die auf eine reibungslose Abwicklung der Geschäfte zum Zwecke der Liquidation der Gesellschaft gerichtete Tätigkeit. Ferner leidet oft im Stadium der Liquidation das frühere gute Einvernehmen der Gesellschafter, so daß jetzt ein gemeinschaftliches Handeln unbedingt erforderlich ist.[1]) Auch wenn

[9]) Anhänger dieser Theorie sind: Sehling, Müller-Erzbach, S. 220, Siquet, S. 13, Düringer-Hachenburg, S. 516; RG., Bd. 24, S. 71; Bd. 41, S. 75; ROHG., Bd. 19, S. 194; Bd. 22, S. 243.

[1]) ROHG., Bd. 7, S. 71.

einem Gesellschafter durch richterlichen Spruch die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen ist, hindert dies nicht seine Berufung zum Liquidator.[2]) Die Tätigkeit des Liquidators ist eben nicht dieselbe oder eine geminderte wie die eines Geschäftsführers und Vertreters, sondern sie ist eine andere. Sollte ein Gesellschafter tatsächlich unfähig zur Beschlußfassung über die Abwicklung der Liquidationsgeschäfte sein, so steht den übrigen Gesellschaftern immer noch der Weg offen, diesen gemäß § 147 dt. bzw. Art. 134 ö. HGB. durch gemeinsamen oder richterlichen Beschluß abzuberufen.

Hat ein Gesellschafter aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen einen Vertreter, so wird er durch diesen auch bei der Liquidation vertreten. Dies ist im Art. 133 ö. HGB. ausdrücklich hervorgehoben, während das deutsche Handelsgesetzbuch wegen der Selbstverständlichkeit nichts davon erwähnt. Der Vertreter wird nicht etwa selbst Liquidator und ist auch nicht im Handelsregister einzutragen, sondern nur der vertretene Gesellschafter ist Liquidator. Anders ist es nach deutschem Recht, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet ist. In diesem Falle tritt gemäß § 146 Abs. 3 der Konkursverwalter „an die Stelle" des Gesellschafters. Er ist also nicht etwa sein Vertreter in der Liquidationstätigkeit, sondern wird selbst Liquidator. Deshalb ist hier auch nicht der Gesellschafter, sondern der Konkursverwalter im Handelsregister einzutragen. Im österreichischen Recht ist dagegen keine Bestimmung vorhanden, die dem Konkursverwalter eine Sonderstellung zuweist. Er wird daher ebenso wie die übrigen Vertreter eines Gesellschafters behandelt und nicht im Handelsregister eingetragen.[3])

Die Mitwirkung bei der Liquidation steht ferner den Erben eines Gesellschafters zu. Diese haben gemäß § 146,1 Satz 2 dt. bezw. Art. 133,1 Satz 2 ö. HGB. einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Gesellschafter während bestehender Gesellschaft oder nach ihrer Auflösung, während bereits bestehender Liquidation, gestorben ist. In beiden Fällen haben die Erben einen Vertreter zu bestellen. Sie treten durch ihr Erbrecht zwar in die vermögensrechtlichen Beziehungen ihres Erblassers ein, jedoch soll der Eintritt in die Stellung als Gesellschafter vermieden werden, um nicht die Liquidation durch großen personellen Zuwachs und dadurch vieler sich widersprechender Meinungen zu gefährden. Nur der von den Erben bestellte Liquidator ist in das Handelsregister einzutragen und nur er ist den übrigen Gesellschaftern verantwortlich.

---

[2]) Düringer-Hachenburg, S. 683.
[3]) Staub-Pisko, S. 401.

Die Wahl der Person ist den Erben freigelassen. Sie können daher einen Miterben, aber auch jeden beliebigen Dritten zu ihrem Vertreter bestimmen. Auch ist grundsätzlich die Wahl eines anderen Gesellschafters möglich, doch ist den tatsächlichen Bedenken Düringer-Hachenburgs [4]) beizutreten, daß in einem solchen Falle die Gefahr einer Interessenkollision besteht, zum mindesten die Arbeitskraft eines Liquidators verloren geht.

Zu der Bestellung des gemeinsamen Vertreters sind die Erben verpflichtet. Diese Pflicht resultiert aus dem früheren Gesellschaftverhältnis des Erblassers.[5]) Eine Weigerung der Erben ist nicht etwa mit dem Ausschluß von der Liquidation zu beantworten, sondern es ist durch gerichtlichen Beschluß die Bestellung eines Liquidators herbeizuführen.[6]) Für einen gültigen Beschluß der Erben ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht erforderlich, es müßte denn sein, daß dies im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich vereinbart worden wäre. Andernfalls können die übrigen Gesellschafter nur durch gerichtlichen Beschluß (§ 147 dt., Art. 134 ö. HGB.) die Zurückweisung des Erbenliquidators erreichen.

Eine Ablehnung der Berufung eines Gesellschafters ist unmöglich, da diese ipso iure in die Liquidatorenstellung mit der Auflösung der Gesellschaft eintreten. Eine umstrittene Frage ist aber, ob sie berechtigt sind, ihr Amt als Liquidator niederzulegen. Die früher vorherrschende Ansicht sprach ihnen diese Berechtigung zu. Siquet begründet folgendermaßen: Nach der Auflösung gehe der Zweck nicht mehr auf Gewinn, sondern auf Auseinandersetzung, also Feststellung der aus dem Gesellschaftsverhältnis hervorgehenden Ansprüche und Verpflichtungen jedes einzelnen. Daß aber diese Feststellung seinem Interesse entspreche, dafür zu sorgen, müsse jeder das Recht haben, aber eine Pflicht, sein eigenes Interesse zu wahren, könne niemandem auferlegt werden. Wir können uns dieser Meinung nicht anschließen. Es ist schon richtig, daß es sich bei der Auseinandersetzung darum handelt, dafür zu sorgen, daß die Feststellung dem Interesse des einzelnen entspreche, aber nicht dem Interesse e i n e s einzelnen, sondern j e d e s einzelnen. Daher ist es für jeden Gesellschafter eine Entlastung in der Arbeit und der Verantwortung, wenn er von den übrigen unterstützt wird. Dieser Arbeit und Verantwor-

---

[4]) S. 685.
[5]) Goldmann, S. 650.
[6]) Ebenso Brand, S. 409; Makower, S. 383; RG., Bd. 2, S. 32.

tung sich zu unterziehen stellt sich als ein Beitrag dar, zu dem die Gesellschafter nach § 114 dt. bzw. Art. 102 ö. HGB. verpflichtet sind.[7])

b) Berufung durch Vertrag.

Die gesetzliche Berufung aller Gesellschafter zu Liquidatoren ist nur dispositives Recht. Sie gilt nur für den Fall, daß im Gesellschaftsvertrage nichts anderes vereinbart ist. Wenn hierin nichts bestimmt ist, können die Gesellschafter auch durch nachträglichen Beschluß ihre Liquidatoren wählen. Die durch Vertrag oder Beschluß berufenen Liquidatoren werden im Gegensatz zu den „geborenen" „gekorene" Liquidatoren genannt. Daß der Beschluß nicht nur nach der Auflösung der Gesellschaft, sondern auch schon vorher gefaßt werden kann, wird von Goldmann[8]) — ohne nähere Begründung — bestritten. Doch ist sowohl für das deutsche wie für das österreichische Recht aus dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen (§ 146, Art. 133) nichts zu entnehmen, das auf die Unmöglichkeit der Beschlußfassung v o r erfolgter Auflösung hindeutete.

Bezüglich des Stimmenverhältnisses bei der Beschlußfassung besteht zwischen dem deutschen und österreichischen Recht insofern ein Unterschied, als das österreichische Recht ausdrücklich (Art. 133) „einstimmigen" Beschluß verlangt. Goldmann verlangt zwar auch für das deutsche Recht Einstimmigkeit mit der Begründung, es habe kein Unterschied hergestellt werden sollen, sondern weil es sich von selbst verstehe, habe man das Wort „einstimmig" ausgelassen. Doch kann auch dieser Ansicht Goldmann's nicht beigetreten werden; denn für die Gültigkeit des Beschlusses ist gemäß § 156 der § 119 maßgebend. Hiernach ist zwar in der Regel Einstimmigkeit vorgesehen, doch kann im Gesellschaftsvertrag auch Mehrheitsbeschluß statuiert werden. Daher ist auch der Beschluß auf Liquidatorenernennung mit Majorität möglich.[9])

Bei dem Beschluß wirken alle bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter mit. Doch sind die Worte „Beschluß der Gesellschafter" dahin zu interpretieren, daß auch die gesetzlichen Vertreter und die Rechtsnachfolger eine beschließende Stimme haben. Unterschiedlich ist wiederum die Stellung

---

[7]) Ebenso Wimpfheimer, S. 37 ff.; Staub-Pinner, S. 767; Makower, S. 383, und Goldmann, S. 649, der diese Ansicht aus dem Wortlaut des § 146 — „die Liquidation erfolgt durch sämtliche Gesellschafter" — ableitet.

[8]) S. 648.

[9]) Siehe Brand, S. 410; ferner Makower, S. 383; Staub-Pinner, S. 766; Düringer-Hachenburg, S. 688.

der Erben als Rechtsnachfolger eines verstorbenen Teilhabers. Während Staub-Pisko[10]) für das österreichische Recht diese nicht auf eine Kollektivstimme beschränkt wissen will, nehmen Düringer-Hachenburg[11]) für das deutsche Recht mit der herrschenden Meinung das Gegenteil an, nämlich, daß die Erben das gleiche Stimmrecht wie ihr Rechtsvorgänger haben, das durch den von ihnen gemeinsam zu bestellenden Vertreter ausgeübt wird. Das mit Recht; denn andernfalls würden ja, im Falle der Möglichkeit einer Teilung = Vervielfältigung der Stimme des Erblassers, die übrigen Gesellschafter majorisiert werden können.

Durch den Beschluß der Gesellschafter kann sowohl ein Gesellschafter, als auch ein Dritter zum Liquidator bestellt werden.[12]) So kann z. B., um die Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft abzuwenden, mit deren Gläubigern vereinbart werden, daß ein Ausschuß der Gläubiger die Liquidation durchführt und daß sich die Gläubiger dann aus dem, was bei der Liquidation einkommt, gleich befriedigen sollen.[13]) Der Dritte kann auch eine juristische Person, z. B. eine Treuhandgesellschaft, sein. Ferner ist eine Mischung derart möglich, daß Gesellschafter und Dritte als gesamthandelnd bestellt werden. Wird ein Angestellter, z. B. ein Prokurist, bestellt, so scheidet er aus seinem Angestelltenverhältnis aus, seine Tätigkeit ist nun nach den Regeln des Auftrages oder des Dienstvertrages zu beurteilen.[14])

c) Ernennung durch den Richter.

1. Allgemeines.

Eine dritte Möglichkeit zur Berufung von Liquidatoren ist nach deutschem und österreichischem Recht die richterliche, die ihre rechtlichen Grundlagen in § 146 dt. bezw. Art. 133 ö. HGB. hat. Das Gericht ist bei seiner Auswahl nicht an die Gesellschafter gebunden, sondern kann jede beliebige dritte Person ernennen. Auch an die gesetzliche oder vertragliche Berufung ist das Gericht nicht gebunden, sondern beruft nach freiem Ermessen. Nach österreichischem Recht ist das Gericht kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (Art. 113,2) befugt, Liquidatoren den durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag oder durch das Gesetz berufenen Liquidatoren „beizuordnen". Eine solche Bestimmung

[10]) S. 400.
[11]) S. 688.
[12]) Ehrenreich-Fischer, S. 317.
[13]) Müller-Erzbach, S. 220.
[14]) OLG., Bd. 16, S. 92.

fehlt im deutschen Recht. Dennoch muß man die Zulässigkeit der Beiordnung auch hier zugeben, da sie sich aus dem Ernennungsrecht von selbst ergibt.[15]) Im Zweifel wird man annehmen müssen, daß der vom Gericht ernannte Liquidator nicht beigeordnet werden, sondern an die Stelle der bisherigen Liquidatoren treten soll.[16])

Das Gericht kann nicht von selbst tätig werden. Es ist dazu ein Antrag erforderlich und zwar nach deutschen Recht (§ 146) eines „Beteiligten", nach österreichischen Recht (Art. 133) eines „Gesellschafters". Der Begriff der „Beteiligten" ist der weitere und umfaßt zunächst jeden Gesellschafter und ferner auch die Miterben eines verstorbenen Gesellschafters.[17]) Als Beteiligter gilt ferner gemäß § 146,2 Satz 2 dt. HGB. im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist. Im Falle des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters gilt nach § 146,3 der Konkursverwalter an Stelle des Gesellschafters als Beteiligter. Wenn demgegenüber das österreichische Recht das Wort „Gesellschafter" braucht, so ist an sich das Antragsrecht auf die Gesellschafter beschränkt. Doch soll nach Auslegung durch Wissenschaft und Praxis das Antragsrecht auch hier auf alle die soeben als Beteiligte aufgezählten Personen ausgedehnt werden.[18]) Was die Stellung der Miterben anbetrifft, so sind diese bei der Ernennung nicht auf eine Kollektivstimme beschränkt, die durch ihren gemeinschaftlich zu bestellenden Vertreter geltend zu machen wäre, sondern jeder Miterbe kann selbständig den Antrag stellen.[19]) Dies kann im Gegensatz zu der Stellung der Miterben bei einem Beschluß der Gesellschaft zugegeben werden, da es keine Gefahren in sich schließt.

Eine weitere Voraussetzung für die gerichtliche Ernennung ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Beide Gesetze sagen nicht, was hierunter zu verstehen ist, sodaß die Entscheidung hierüber dem freien Ermessen des Richters überlassen ist. In jedem einzelnen Falle ist zu prüfen, ob das Interesse der Gesellschafter oder auch Sonderinteressen eines Beteiligten durch die Tätigkeit gesetzlich oder vertraglich berufener Liquidatoren geschädigt werden. In erster Linie kommt deshalb als wichtiger Grund Unfähigkeit der gesetzlichen oder vertraglich berufenen Liquidatoren in Frage. Ferner Unredlichkeit, Beleidigungen, Feindschaft zwischen den früheren Gesellschaftern,[20]) dagegen genügt die bloße Erschüt-

[15]) Goldmann, S. 652; Lehmann-Ring, S. 458.
[16]) Düringer-Hachenburg, S. 691.
[17]) Makower, S. 286; Goldmann, S. 651.
[18]) Siehe Staub-Pisko, S. 401.
[19]) Staub-Pisko, S. 401; Düringer-Hachenburg, S. 692.
[20]) Staub-Pinner, S. 769.

terung des gegenseitigen Vertrauens nicht.[21]) Auch langandauernde, mit Arbeitsunfähigkeit verbundene Krankheit eines Gesellschafters kann als wichtiger Grund angesehen werden.[22])

2. Der Weg der Ernennung.

In dem Verfahren für die gerichtliche Ernennung von Liquidatoren unterscheidet sich das österreichische ebenfalls von dem deutschen Recht. Im Artikel 133 ö. HGB. heißt es, daß auf Antrag die Ernennung „durch den Richter" erfolgen kann. Es herrscht Streit darüber, wer als der Richter anzusehen ist, ob es sich um einen Akt der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt. v. Randa[23]) vertritt die Ansicht, daß die Intervention des Gerichtes auf außerstreitigem Wege zu erfolgen habe, sofern nur die Voraussetzungen des Berufungsrechtes unbestritten bezw. sofort nachweisbar seien. Auch könne über die Person des ernannten Liquidators niemals der Klageweg beschritten werden, da die Bestellung dem freien Ermessen des Richters überlassen bleibe. Ehrenberg-Fischer[24]) behaupten dagegen, daß über die Frage, ob Liquidatoren zu bestellen seien, im Prozeßwege entschieden werden müsse. Die Ernennung selbst erfolge dagegen im außerstreitigen Verfahren. Demgegenüber vertreten Staub-Pisko[25]) den Standpunkt, der wohl als der herrschende angesehen werden kann, daß es sich in keinem Falle um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, sondern immer der Prozeßrichter zu entscheiden habe. Sie begründen folgendermaßen: ein Gesellschafter verlangt wegen Vorliegen eines wichtigen Grundes Abweichung von der gesetzlichen oder vertraglichen Berufung der Liquidatoren; die anderen Gesellschafter stützen sich demgegenüber auf ihr Recht, daß die gesetzliche oder vertragliche Berufung in Kraft tritt. Nun habe der Richter das beiderseitige Vorbringen zu prüfen und nach seinem freien Ermessen zu entscheiden, ob wirklich der einerseits vorgebrachte, andererseits bestrittene Grund vorliegt, um Vertrag oder Gesetz außer Wirksamkeit treten zu lassen.

Diese für das österreichische Recht umstrittene Frage ist für das deutsche Recht gesetzlich entschieden. § 145 FGG. entscheidet die Streitfrage im Sinne des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Oertlich zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat. (§ 145

[21]) ROHG., Bd. 9, S. 32.
[22]) Brand, S. 411.
[23]) S. 239.
[24]) S. 317.
[25]) S. 402.

FGG., § 146,2 HGB.). Nach § 146 FGG. ist vor der Entscheidung des Richters der Gegner tunlichst zu hören. Als Gegner gelten dabei die Gesellschafter, die dem Antrag auf Ernennung entweder nicht zugestimmt oder widersprochen haben.

Ob die richterliche Ernenung auch durch einstweilige Verfügung erfolgen kann, ist im deutschen Recht bestritten. Düringer-Hachenburg [26]) lehnen es ab: Der Prozeßrichter sei hierzu nicht befugt, da eben für diese Rechtsstreitigkeit der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Es fehle also an einer Hauptsache im Sinne der §§ 935 ff. ZPO. Aber auch der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit könne keine einstweilige Verfügung erlassen. Diese besondere Verfahrensart sei dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit fremd.

Was zunächst die grundsätzliche Zulässigkeit der Ernennung durch einstweilige Verfügung angeht, so gibt das FGG. keinen Anhaltspunkt dafür und dagegen, doch sind die Normen der Prozeßordnung auch im Wirkungsgebiet des FGG. anzuwenden, soweit nicht die grundlegenden Verschiedenheiten des Rechtsstreitverfahrens die Anwendung der Prozeßordnung ausschließen. Dies ist im Hinblick auf § 940 ZPO. nicht der Fall. Im Gegenteil, die freiwillige Gerichtsbarkeit bedarf zur Regelung einstweiliger Zustände ebenso dringend des Rechtsinstitutes der einstweiligen Verfügung wie die streitige Gerichtsbarkeit.

Die Zuständigkeit zum Erlaß dieser einstweiligen Verfügungen ist dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzusprechen; denn wie die Klage vor dem Prozeßrichter auf richterliche Liquidatoren-Ein- oder Absetzung beseitigt ist, so ist das Gleiche der Fall bezüglich des Einschreitens des Prozeßrichters durch einstweilige Verfügung im Dienste der bezüglichen Parteianträge und auf den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit übergegangen.[27])

B. Abberufung oder Rücktritt der Liquidatoren.

Die Abberufung der Liquidatoren ist im deutschen und österreichischen Recht gleich geregelt. Gemäß § 147 dt. und Art. 134 ö. HGB. geschieht die Abberufung in erster Linie durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten. Art. 134 ö. HGB. spricht zwar von einem Beschluß der „Gesellschafter", doch sind hierunter ebenso wie in Art. 133,2 Satz 1 alle Beteiligten zu verstehen. Unter Abberufung im technichen Sinne wird hier nicht die durch nachträgliche Aenderung des Gesell-

[26]) S. 695.
[27]) Siehe Marcus in: Holdh.-Woch. 05, Nr. 12.

schaftsvertrages, durch Gesellschafterbeschluß oder richterliche Ernennung erfolgte Berufung von Liquidatoren an Stelle der ursprünglich Berufenen verstanden, vielmehr gehört zum Begriff der Abberufung im technischen Sinne, daß der berufene Liquidator bereits seine Tätigkeit aufgenommen hatte. Sie kann deshalb nur nach Auflösung der Gesellschaft erfolgen.[28]) Auch eine Beschränkung der Machtbefugnis des Liquidators kann unter Abberufung verstanden werden, so z. B., wenn mehrere Liquidatoren, die bisher einzeln handeln konnten, jetzt nur noch gemeinschaftlich handeln dürfen.[29])

Durch die Abberufung werden sowohl die durch Vertrag oder Gesetz Berufenen wie die richterlich Ernannten betroffen. Voraussetzung ist aber, daß der Beschluß einstimmig gefaßt wird. Dadurch ist es unmöglich gemacht, daß ein zum Liquidator berufener Gesellschafter gegen seinen Willen abberufen wird, da er als Beteiligter stimmberechtigt ist. In diesem Falle kann man, wenn der Gesellschafter-Liquidator zustimmt, mehr von einem Rücktritt sprechen.[30])

Ein Beschwerdeweg steht dem Betroffenen gegen die Abberufung nicht zu.[31])

Damit bei fehlender Einstimmigkeit doch noch ein Ausweg vorhanden ist, hat das Gesetz auch die Abberufung durch das Gericht zugelassen. Aber auch hier müssen, wie bei der Ernennung, zwei Voraussetzungen vorliegen, ein Antrag eines Beteiligten und ein wichtiger Grund. Ein kontraktlicher Verzicht der Gesellschafter auf das Recht des Widerrufs der den Liquidatoren erteilten Vollmacht hindert die Abberufung derselben durch den Richter nicht.[32]) Ob auch der Liquidator zur Stellung des Antrages befugt ist, wird von Goldmann[33]) mit der Begründung bestritten, daß der Antragsteller und der, gegen den das Verfahren gerichtet sei, als Gegner einander gegenüberständen; beide könnten nicht in einer Person vereinigt sein. Demgegenüber ist zu sagen, daß ein Liquidator, der Gesellschafter ist, auch als Beteiligter zu gelten und als solcher ebenso das Recht hat, seine Abberufung zu beantragen wie jeder andere Gesellschafter. Für einen Liquidator, der nicht selbst Gesellschafter ist, trifft dieses natürlich nicht zu. Dieser kann aber jederzeit den ihm erteilten Auftrag wieder zurückgeben, d. h. zurücktreten.[34])

---

[28]) Düringer-Hachenburg, S. 696.
[29]) ROHG., Bd. 20, S. 11; Bd. 21, S. 142.
[30]) Siquet, S. 28.
[31]) ROHG., Bd. 23, S. 334.
[32]) Bauer, S. 164.
[33]) S. 656.
[34]) Siquet, S. 29; Brand, S. 412; Düringer-Hachenburg, S. 699.

V. Die Rechtsverhältnisse der Liquidationsgesellschaft.

A. Das Rechtsverhältnis der Liquidatoren.

a) Gegenüber den früheren Gesellschaftern.

Bei der im Liquidationsstadium befindlichen Gesellschaft treten die Liquidatoren an die Stelle der bisherigen geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter. Dem für das deutsche Recht geltenden § 149 entspricht für das österreichische Recht Art. 137 ö. HGB. Hier wie dort ist zu unterscheiden zwischen der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht.

Zunächst soll das Verhältnis der Liquidatoren zu den früheren Gesellschaftern als Geschäftsführer der Liquidationsgesellschaft untersucht werden. In den für die Liquidatoren gegebenen Bestimmungen ist nirgends ein Unterschied, der sich auf ihre verschiedene Berufung oder auf ihre Eigenschaft als Gesellschafter oder Fremder stützen könnte, sodaß der Anschein erweckt wird, als ob die rechtliche Stellung aller Liquidatoren die gleiche wäre. Dies ist zwar der Fall, soweit die Art der Berufung in Frage kommt. Die durch Gesetz oder Vertrag berufenen stehen den vom Richter ernannten Liquidatoren gleich. Ein bedeutsamer Unterschied besteht aber zwischen dem Liquidator, der früher Gesellschafter war und dem Fremdliquidator. Wenn ein Gesellschafter — gleichgültig, ob durch Vertrag, Gesetz oder den Richter — zum Liquidator berufen wird, so tritt er dadurch nicht in ein neues Rechtsverhältnis zu den früheren Gesellschaftern. Es liegt nicht etwa ein Mandat vor, sondern ein Rechtsverhältnis, das sich aus dem früheren Gesellschaftsverhältnis ergibt. Dies geht aus § 156 dt. und Art. 144 ö. HGB. hervor, wonach die früheren Bestimmungen in bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter zueinander bis zur Beendigung der Liquidation in Geltung bleiben. Die Gesellschafter-Liquidatoren üben also ihr Amt kraft eigenen Rechtes aus.

Anders ist die rechtliche Stellung der Fremdliquidatoren. Hier handelt es sich um ein neues Rechtsverhältnis, in das die Liquidatoren eintreten. Dieses Rechtsverhältnis hat seine Grundlage entweder in einem Auftrag oder einem Dienstvertrag, jenachdem ein Entgelt vereinbart ist oder nicht. Die Fremdliquidatoren handeln deshalb nicht kraft eigenen, sondern kraft abgeleiteten Rechts.

Die Unterscheidung zwischen Gesellschafter-Liquidator und Fremdliquidator ist von besonderer Wichtigkeit für den Grad der Haftung. Der Gesellschafter-Liquidator hat für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er auch in eigenen Angelegenheit an-

wendet und zwar im deutschen Recht gemäß § 708 BGB., dessen Anwendung aus § 105,2 HGB. folgt, im österreichischen Recht gemäß Art. 94 HGB. Der Liquidator hingegen, der kein Gesellschafter ist, haftet für die Sorgfalt, die dem Beauftragten oder Dienstverpflichteten obliegt.[1])

Eine weitere Frage ist, ob ein Liquidator für seine Mühewaltung eine Vergütung beanspruchen kann. Auch hier ist zu unterscheiden, ob der Liquidator früherer Gesellschafter oder Fremder ist. Letzterer wird gewöhnlich durch einen Dienstvertrag, also entgeltlich, zum Liquidator bestellt werden. Wenn nichts vereinbart worden ist, wird er im Zweifel eine Vergütung beanspruchen können. Für den Gesellschafterliquidator ist die Frage für das österreichische Recht durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung verneint; denn Art. 93,3, wonach dem Gesellschafter für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte ein Anspruch auf Vergütung nicht zusteht, kommt gemäß Art. 144 ö. HGB. auch bei der Liquidation zur Anwendung.[2]) Im deutschen Recht ist eine solche Bestimmung nicht vorhanden. Man wird deshalb keine allgemeingültige Entscheidung geben können, sondern in jedem einzelnen Falle untersuchen müssen, ob die Umstände auf eine stillschweigende Ausbedingung einer Vergütung für geleistete Dienste schließen lassen. Staub-Pinner[3]) lehnen für die Gesellschafter-Liquidatoren eine Vergütung ab. Wenn Staub - Pinner[4]) dem geschäftsführenden Gesellschafter einer noch bestehenden offenen Handelsgesellschaft im Zweifel eine Vergütung zubilligen, so wäre es doch recht und billig, diese auch dem alleinigen Gesellschafter-Liquidator zuzugestehen. Sind alle Gesellschafter zu Liquidatoren berufen, so fällt natürlich eine Vergütung fort. Nimmt aber ein einzelner für die andern die Mühe und Verantwortung auf sich, opfert er seine Zeit und Arbeitskraft, so erschiene es unbillig, wenn er bei der Schlußverteilung den andern gleichgestellt würde. Staub-Pinner empfinden auch diese Unbilligkeit für den geschäftsführenden Gesellschafter und kommen deshalb zu ihrem Zugeständnis einer Vergütung, ziehen jedoch hieraus nicht die Folgerung für den alleinigen Gesellschafter-Liquidator.

Zu dem Rechtsverhältnis der Liquidatoren gegenüber den früheren Gesellschaftern als Vertretern der Liquidationsgesellschaft ist folgendes zu sagen: Während vor der Auflösung der Gesellschaft jeder Gesellschafter das Recht hat, die Gesellschaft nach außen hin zu vertreten, ist bei Beginn der

[1]) Pinther, S. 27; Goldmann, S. 663; Wimpfheimer, S. 52; Staub-Pisko, S. 413; Siquet, S. 50.
[2]) Staub-Pisko, S. 423; Hergenhahn-Tuchatsch, S. 366.
[3]) S. 779; ebenso Düringer-Hachenburg, S. 690.
[4]) S. 627.

Liquidation dieses Rceht den Liquidatoren übertragen (§ 149 dt., Art. 137 ö. HGB.). Eine im deutschen Recht umstrittene Frage ist dabei, ob die Liquidatoren die „ausschließlichen" Vertreter der Gesellschaft sind, oder ob auch die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als solche anzusehen sind. Die Vertreter der einen Ansicht, welche letzteres annehmen, weisen darauf hin, daß ja ein einstimmiger Beschluß der Gesellschafter die Liquidatoren abberufen und somit ihre Vertretungsmacht widerrufen könne. Demgegenüber sei aber das einstimmige Handeln neben den Liquidatoren ein Minus. Ferner weise § 152 dt. HGB. darauf hin; denn das Wort Geschäftsführung begreife die Vertretungsmacht in sich.[5]) Diese Gründe können uns nicht überzeugen. Die Vertretungsmacht der Gesamtheit der Beteiligten neben den Liquidatoren kann nicht als ein Minus gegenüber der Abberufungsmöglichkeit angesehen werden; denn während sonst der Liquidator bei jeder Vertretungshandlung von den Gesellschaftern abhängig wäre, ist er als ausschließlicher Vertreter wenigstens für die Dauer seiner Amtszeit selbständig und unabhängig. Auch der zweite Grund der gegnerischen Ansicht ist nicht stichhaltig; denn gerade der klare Wortlaut des § 149 trennt scharf die Geschäftsführung und Vertretung von einander. Sollte es der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, daß sich die Anordnungen gemäß § 152 auch auf die Vertretung beziehen sollten, so würde er dies in deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht und nicht kurz nach der klaren Scheidung von Gschäftsführung und Vertretung e i n e Bezeichnung für beide Begriffe gewählt haben. Demnach sind die Liquidatoren als die ausschließlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft anzusehen.[6])

b) Das Rechtsverhältnis der Liquidatoren gegenüber dritten Personen.

Gegenüber den Gläubigern und Schuldnern der Gesellschaft gelten die Liquidatoren als ausschließliche Vertreter. Durch Zahlungen an sie können sie sich von ihrer Schuld befreien und wegen ihrer Forderungen müssen sie sich an die Liquidatoren halten. Es bestehen aber keine Schutzvorschriften zugunsten der Gläubiger, durch deren Nichtbeachtung seitens des Liquidators dieser haftpflichtig würde, noch besteht ein Auftragsverhältnis zwischen Liquidator und Gläubiger. Der Liquidator ist in keiner Weise den Gläubigern verantwortlich, soweit nicht eine Ueberschreitung seiner Befugnisse oder eine unerlaubte Handlung vorliegt. Eine besondere Sicherung

[5]) Lehmann-Ring, S. 462; Lehmann-Höniger, S. 325.
[6]) Pinther, S. 29; ROHG., Bd. 12, S. 215; Bd. 23, S. 329.

der Ansprüche der Gläubiger nach der Auflösung wäre auch nicht begründet, da nach wie vor die Haftung der einzelnen Gesellschafter fortbesteht. Von dieser grundsätzlichen Regelung abgesehen besteht jedoch die Möglichkeit, daß die Liquidatoren im Einverständnis der Gesellschafter durch besonderen Vertrag in ein Auftragsverhältnis zu den Gläubigern treten. Es kann z. B. ein Beauftragter der Gläubiger oder ein Gläubigerausschuß zum Liquidator ernannt werden. In solchen Fällen hat sich der Liquidator an die Weisungen seiner Auftraggeber zu halten, allerdings nur insoweit, als sie nicht mit dem Liquidationszweck in Widerspruch stehen. Der Gläubiger-Liquidator kann dann nach Abwicklung der Geschäfte sich aus dem Liquidationserlöse selbst befriedigen.[7]) Ohne besonderes Auftragsverhältnis haften die Liquidatoren den Gläubigern nur bei Ueberschreitung ihrer Befugnisse und aus unerlaubter Handlung.[8]) Außerdem befindet sich im deutschen Recht eine Schutzvorschrift zugunsten der Gläubiger in der Konkursordnung. Nach § 244 K.-O. finden die Strafvorschriften der §§ 239—241 über betrüglichen und einfachen Bankrott sowie Gläubigerbegünstigung gegen die Liquidatoren Anwendung, wenn sie in ihrer Eigenschaft als Liquidatoren die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

c) Inhalt und Umfang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Liquidatoren.

Der Inhalt der Geschäftsführung der Liquidatoren ergibt sich aus dem Zweck der Liquidation, die Gesellschaft und ihr Vermögen aus ihrer Verbundenheit zu lösen und das Vermögen unter die Gesellschafter zu verteilen. Zu diesem Zwecke haben sie die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen. Diese Aufgaben werden weiter unten im einzelnen eingehend besprochen werden.

Was den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis angeht, so steht diese mangels besonderer Bestimmung der Beteiligten mehreren Liquidatoren nur gemeinschaftlich zu (§ 150 dt., Art. 136 ö. HGB.). Zur Vornahme einer Handlung bedarf es der Zustimmung sämtlicher Beteiligten. Auch wenn Gefahr im Verzug ist, ist eine Ausnahme hiervon nicht möglich.[9]) Wenn aber gegen den Liquidator selbst vorgegangen werden soll, ist seine Zustimmung nicht erforderlich, wie sich aus der Natur der Sache ergibt. § 150,2 dt. HGB. ordnet an, daß durch die

[7]) Jerschke, S. 47; Pinther, S. 31.
[8]) Staub-Pisko, S. 414.
[9]) Düringer-Hachenburg, S. 730; Ehrenreich-Fischer, S. 318; Staub-Pisko, S. 407.

Vorschrift des Absatz 1 nicht ausgeschlossen werde, daß die Liquidatoren einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Eine solche Bestimmung fehlt im österreichischen Recht. Darin aber herrscht Uebereinstimmung, daß die Liquidatoren den Anordnungen, welche die Beteiligten in betreff der Geschäftsführung einstimmig beschließen, Folge zu leisten haben (§ 152 dt., Art. 140 ö. HGB.). Ueber die diesen Anordnungen gezogenen Grenzen herrscht im deutschen Recht Streit. Staub-Pinner [10]) führen aus, daß die Liquidatoren auch solchen Anordnungen folgen müßten, welche die Vornahme von Rechtsgeschäften über den Kreis des § 149 hinaus vorschrieben. Dies ist richtig, soweit es sich um einen Gesellschafterliquidator handelt. Doch darf man nicht zugeben, daß auf diese Weise die Tätigkeit des Fremdliquidators beliebig erweitert oder erschwert wird, andererseits aber seine Vergütung dieselbe bleibt.[11])

Der Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis ist durch § 149 Satz 2 dt. und Art. 137 ö. HGB. genau dahin festgelegt, daß die Liquidatoren die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten haben. Das deutsche Handelsgesetzbuch fügt noch im Gegensatz zum österreichischen die Worte „innerhalb ihres Geschäftskreises" hinzu. Durch das Weglassen dieser Worte will aber das österreichische Handelsgesetzbuch nicht etwa eine unbeschränkte Vertretungsmacht gewähren, vielmehr wird es als selbstverständlich erachtet, daß die Vertretungsmacht durch den Aufgabenkreis des Art. 137 begrenzt ist.[12]) Diese Einschränkung unterscheidet die Vertretungsmacht der Liquidatoren wesentlich von der der Gesellschafter einer bestehenden offenen Handelsgesellschaft. Ihr Umfang ist wesentlich bestimmt durch die konkreten Verhältnisse der zu liquidierenden Gesellschaft. Wie ist es aber, wenn die Liquidatoren im Namen der Gesellschaft Geschäfte abschließen, deren Vornahme tatsächlich nicht zu den Aufgaben der Liquidatoren gehört? Soll diese Ueberschreitung der Befugnisse zum Nachteil der Gesellschafter oder des Dritten führen? Diese Frage gehört zu den umstrittensten Problemen aus dem Recht der Liquidation. Von einer herrschenden Meinung kann hier nicht gesprochen werden. Vielmehr lassen sich zwei Hauptmeinungen herausschälen, von denen die eine sich streng an den Wortlaut des Gesetzes hält, während die andere es auf Treu und Glauben und die Rechts-

[10]) S. 784; ebenso Goldmann, S. 672, und Brand, S. 420.
[11]) Düringer-Hachenburg, S. 738; siehe ferner Ritter, S. 201; Lehmann-Ring, S. 468; Makower, S. 395.
[12]) Staub-Pisko, S. 410.

sicherheit im Verkehr abstellt. Die Vertreter der ersteren [13]) leiten eine Verbindlichkeit aus den von den Liquidatoren abgeschlossenen Geschäften nur dann her, wenn sie die durch § 149 gezogenen Grenzen nicht überschreiten. Ist dies der Fall, so haftet die Gesellschaft nicht. Dem Dritten, welcher Rechte aus diesen Geschäften für sich ableitet, soll der Beweis aufgebürdet werden, daß der Zusammenhang mit schwebenden Geschäften vorliege. Erbringt er den Beweis nicht, so soll er sich weder an die Gesellschaft noch an die Gesellschafter, sondern nur an die Liquidatoren als falsi procuratores halten können. Diese Ansicht kann nicht überzeugen. Es muß vielmehr bei der Lösung der Frage die Sicherheit des Rechtsverkehrs größere Beachtung finden.[14]) Maßgebend muß zunächst sein, ob ein Geschäft im konkreten Falle dem Liquidationszweck dienen konnte und sollte. Dieses ist aber von einem Außenstehenden schwer zu beurteilen. Ist es schon schwierig, zu beurteilen, ob das Geschäft an sich geeignet ist, in einen derartigen wirtschaftlichen Zusammenhang mit den schwebenden Geschäften zu treten, daß dadurch der Liquidationszweck gefördert wird, so ist es geradezu unmöglich, zu beurteilen, ob ein Geschäft auch nach dem Willen des Liquidators als Abwicklungsgeschäft dienen sollte. Zur Wirksamkeit der Geschäfte muß es deshalb genügen, daß der Liquidator das Geschäft abgeschlossen hat. Hierbei ist jedoch eine Einschränkung zu machen insofern, als dies nur zutrifft, wenn die Tatsache, daß das Geschäft nicht dem Abwickelungsgeschäft dienen sollte, nicht erkennbar geworden ist. Die Beweispflicht dafür hat die Gesellschaft, und zwar ist diese Beweispflicht eine doppelte: Erstens muß die Gesellschaft beweisen, daß das abgeschlossene Geschäft nicht dem Liquidationszweck diente und ferner, daß dies nach außen hin erkennbar war. Letzterer Beweis erübrigt sich, wenn der Dritte wußte, daß das Geschäft nicht in den Rahmen der Liquidationsgeschäfte fiel, also nicht dem Abwicklungszweck dienen konnte oder sollte. Hier liegt kein Grund vor, den Dritten zu schützen. Nur der schuldlose Dritte soll keinen Schaden erleiden. Allerdings darf der Dritte nicht durch Fahrlässigkeit seinen guten Glauben erhalten haben. Es liegt ihm im geschäftlichen Verkehr mit der Gesellschaft eine Prüfungs- und Erkundigungspflicht ob.[15]) Konnte er bei einiger Sorgfalt erkennen, daß das Geschäft den Rahmen der Liquidationsgeschäfte überschritt, und wird ihm dieses von der Gesellschaft nachgewiesen, so hat er auch den

---

[13]) Lehmann-Ring, S. 465; Ritter, S. 200; Brand, S. 415; Makower, S. 393.

[14]) Staub-Pinner, S. 777; Wimpfheimer, S. 207 ff.; ROHG., Bd. 21, S. 308.

[15]) Düringer-Hachenburg, S. 725.

Schaden zu tragen. Daraus ergeben sich folgende Schlußfolgerungen: Hat der Liquidator ein Geschäft abgeschlossen, dessen Zweck nicht die Abwicklung verfolgt, ist es aber wegen des guten Glaubens des Dritten für die Gesellschaft verbindlich, so haftet der Liquidator der Gesellschaft. War die Ueberschreitung der Befugnis durch den Liquidator dem Dritten erkennbar, so wird die Gesellschaft nicht verpflichtet. Sie kann es zwar nachträglich genehmigen, braucht es aber nicht. Wird das Geschäft nicht genehmigt, so gilt es als nicht geschlossen. Auch der Liquidator kann nicht als falsus procurator in Anspruch genommen werden.

B. Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter.

a) der Gesellschafter zueinander.

Die nach Auflösung der Gesellschaft eintretende Liquidation zieht noch keine Beendigung des Unternehmens nach sich. Das Unternehmen dauert vielmehr bis zur Beendigung der Liquidation fort. Nur der Zweck hat sich geändert; die produktive Seite fällt fort, und das Ziel aller geschäftlichen Tätigkeit ist die Beendigung des Handelsgewerbes. Deshalb bestimmt § 156 dt. HGB., daß bis zur Beendigung der Liquidation in bezug auf das Rechtsverhältnis der bisherigen Gesellschafter zueinander die Vorschriften des zweiten Titels zur Anwendung kommen, soweit sich nicht aus den §§ 145—158 oder aus dem Zweck der Liquidation ein anderes ergibt. Sinngemäß entsprechend erklärt Art. 144 ö. HGB. für das österreichische Recht die Vorschriften des zweiten Abschnittes für anwendbar, soweit sich nicht aus den Artikeln 133—145 und aus dem Wesen der Liquidation ein anderes ergibt. Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich nach dem Recht beider Länder zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage (§ 109 dt., Art. 90 ö. HGB.). Die gesetzlichen Vorschriften finden nur subsidiär Anwendung. Unbegrenzt gilt dies natürlich für die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, soweit sie die Liquidation betreffen. Die Bestimmungen jedoch, die sich auf das Innenverhältnis der Gesellschaft beziehen, sind daraufhin zu prüfen, ob sie auch während der Liquidation zu gelten geeignet sind.

Der Ersatzanspruch der Gesellschafter wegen gemachter Aufwendungen oder unmittelbar durch die Geschäftsführung erlittener Verluste (§ 110 dt., Art. 93 ö. HGB.) bleibt bestehen. Makower [16]) will den Anspruch wegen erlittener Verluste nicht gelten lassen, da mangels einer Geschäftsführung durch einen

[16]) S. 400.

Gesellschafter als solchen die Voraussetzungen der auf Verluste bezüglichen Bestimmung nicht vorliegen können. Dem ist entgegenzuhalten, daß ein Gesellschafter als Liquidator immer als Gesellschafter handelt, wenn er auch nicht die volle Geschäftsführungsbefugnis innehat, sondern eine Geschäftsführung, die durch den Zweck der Liquidation begrenzt ist.[17]) Ob die Aufwendungen vor oder nach der Auflösung der Gesellschaft entstanden sind, ist gleichgültig.[18]) Doch muß das Gesellschaftsvermögen hinreichend sein, um alle Schulden zu begleichen.[19]) Ein Dritter als Liquidator kann sich dagegen nicht auf § 110 bezw. Art. 193 stützen. Auf ihn finden nur die Vorschriften über den Auftrag Anwendung.

Das Konkurrenzverbot, das während des Bestehens der offenen Handelsgesellschaft gilt (§ 112dt. bzw. Art. 96 ö. HGB.), fällt mit Beginn der Liquidation fort, denn der Grund des Verbotes liegt darin, daß die Gesellschaft ihre ganze Kraft zur Verfügung stellen und nicht durch anderweitige Ausnutzung ihrer geschäftlichen Kenntnisse und Beziehungen die Gewinnmöglichkeit der Gesellschaft schmälern sollen. Dieser Grund fällt fort, da die Gewinnabsicht bei der Liquidationsgesellschaft nicht mehr besteht.

Die Vorschriften über die Geschäftsführung sind selbstverständlich nicht mehr anwendbar, da mit der Liquidation der Unterschied zwischen geschäftsführenden und anderen Gesellschaftern entfällt, weil die produktive Seite nicht mehr besteht. An ihre Stelle treten die Liquidatoren.[20])

Auch das Informations- und Kontrollrecht (§ 118 dt., Art. 105 ö. HGB.) bleibt während der Liquidation bestehen. Dies ist im österreichischen Recht allgemein anerkannt, wird jedoch im deutschen Recht von Goldmann[21]) mit der Begründung bestritten, daß der § 118 zwischen geschäftsführenden u. anderen Gesellschaftern unterscheide, diese Unterscheidung aber nicht mehr bestehe, die Geschäftsführung wie die Vertretung vielmehr den Liquidatoren obliege. Doch macht § 118 diesen Unterschied durch die Worte „auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist" nicht zur Voraussetzung, sondern berücksichtigt ihn nur. Ganz abgesehen von diesem Unterschied soll jedem Gesellschafter die Möglichkeit offenstehen, die Geschäfte der Gesellschaft zu überwachen. Dieses Recht steht auch nicht mit dem Gang der Liquidation in Widerspruch, sondern ist im Gegenteil gerade jetzt doppelt nötig, da während der Liquidation häufig das gegenseitige Ver-

---

[17]) Ebenso Brand, S. 424; Düringer-Hachenburg, S. 761.
[18]) Brand. S. 424; ROHG., Bd. 23, S. 195.
[19]) RG., Bd. 29, S. 16.
[20]) ROHG., Bd. 7, S. 71.
[21]) S. 685.

trauen fehlt.[22]) Aber auch aus § 157 geht hervor, daß den Gesellschaftern das Kontrollrecht erhalten bleibt. Hier heißt es in Absatz 3: „Die Gesellschafter behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere." Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß es ihnen auch während der Liquidation zustehen soll.[23])

Von den Einlagen der Gesellschafter handeln im österreichischen Recht die Artikel 91 und 92 HGB. Beide bleiben während der Liquidation anwendbar. Es können auch während der Liquidation noch Einlagen verlangt und gemacht werden, nämlich diejenigen, die schon vor Auflösung der Gesellschaft versprochen oder fällig geworden sind; denn die Einlagen dienen nicht nur als Betriebskapital oder nur zu produktiven Zwecken, sondern werden auch zur Tilgung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft verwandt. Diese Einlagen werden deshalb auch während der Liquidation Eigentum der Gesellschaft. Eine Erhöhung der Einlage über den vertragsmäßigen Betrag oder eine Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage kann der Liquidator nicht fordern, da kein Grund besteht, Art. 92 nicht für anwendbar zu erklären. „Der Liquidator ist nicht Vertreter der Gesellschafts gläubiger, sondern vielmehr der Gesellschaft und nur dazu berufen, über deren Vermögen zu verfügen und mit demselben die Schulden der Gesellschaft zu tilgen, während bei der Insuffizienz des Gesellschaftsvermögens der Konkurs einzutreten hat." [24])

Das deutsche Recht hat entsprechende Bestimmungen, die sich aber nicht im Recht der offenen Handelsgesellschaft, sondern der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts finden. Diese sind gemäß § 105,2 HGB. auf die offene Handelsgesellschaft für anwendbar erklärt und gelten auch aus den oben entwickelten Gründen während der Liquidation, sodaß auch hier beide Rechte inhaltlich übereinstimmen.

b) Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter gegenüber dritten Personen.

In Bezug auf das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten kommen für das deutsche Recht gemäß § 156 HGB. die §§ 123—130, für das österreichische Recht gemäß Art. 144 ö. HGB. die Artikel 110—122 zur Anwendung, soweit sich nicht aus den Bestimmungen oder dem Zweck der Liquidation ein anderes ergibt. Zunächst fragt sich, ob die Vorschriften über

---

[22]) Düringer-Hachenburg, S. 762.
[23]) Brand, S. 424; Makower, S. 401.
[24]) ROHG., Bd. 25, S. 163.

die Firma (§ 124 dt., Art. 111 ö. HGB.) Anwendung finden. Nach § 153 dt. und Art. 139 ö. HGB. haben die Liquidatoren ihre Unterschrift in der Weise abzugeben, daß sie der bisherigen als Liquidationsfirma zu bezeichnenden Firma ihren Namen beifügen. Ist hierdurch eine neue Firma entstanden oder handelt es sich nur um eine Ordnungsvorschrift? Mit der Auflösung der Gesellschaft geht die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auf die Liquidatoren über. Aber in beschränktem Maße; denn, wie wir oben gesehen haben, sind nur diejenigen Geschäfte für die Gesellschaft verbindlich, die dem Abwicklungszweck dienen. Damit nun der Dritte gewarnt wird, andere Geschäfte mit der Gesellschaft abzuschließen, als solche, die geeignet erscheinen, dem Abwicklungszweck zu dienen, hat der Gesetzgeber die Hinzufügung des die Liquidation andeutenden Zusatzes vorgeschrieben.[25]) Dies zeigt uns, daß es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt. Die alte Firma bleibt also bestehen, sodaß die Vorschriften des § 124 dt. bzw. Art. 111 ö. HGB. anwendbar sind und demnach die Gesellschaft auch während der Liquidation Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann.[62])

Die Vorschriften über die Vertretungsmacht sind nicht anwendbar, da es eine der Hauptfolgen der eintretenden Auflösung ist, daß die gesetzliche Vertretungsbefugnis aufhört. Die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren aber, die an ihre Stelle tritt, ist im Recht der Liquidation selbständig geregelt.

Die Regelung der Gesamthaftung gilt dagegen auch während der Liquidation. Aber nur die Gesellschafter, nicht die Liquidatoren werden dadurch betroffen. Soweit die Haftung für Verbindlichkeiten, die vor der Auflösung eingegangen sind, in Frage kommt, ist die Fortdauer der Gesamthaftung unbestritten. Für die nach der Auflösung eingegangenen Verbindlichkeiten lehnt Goldmann [27]) diese Fortdauer mit der Begründung ab, daß der Zweck der Liquidation dem entgegenstehe. Doch ist mit Brand [28]) zu erwidern, daß das Weiterbestehen der Gesellschaft nach eingetretener Liquidation vielmehr dafür spricht, daß in Ermangelung anderweitiger Bestimmung auch die Haftung der Gesellschafter unverändert bleiben soll.[29])

---

[25]) RG., Bd. 29, S. 67.
[26]) Brand, S. 425; RG., Bd. 25, S. 256; Bd. 28, S. 134.
[27]) S. 684.
[28]) S. 425.
[29]) Siehe ferner RG., Bd. 72, S. 120; Makower, S. 402; Lehmann-Ring, S. 334; Staub-Pinner, S. 793; Ritter, S. 204.

VI. Die Verwirklichung des Liquidationszwecks.

A. Das Abwicklungsverfahren.

a) Die Beendigung der laufenden Geschäfte.

Die Tätigkeit der Liquidatoren erstreckt sich auf zweierlei: erstens die Abwicklung der geschäftlichen Beziehungen zu Dritten und zweitens die Herbeiführung der Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern. Die erste Aufgabe umschreibt § 149 dt. HGB. für das deutsche Recht in gleicher Weise, wie Art. 137 ö. HGB. für das österreichische Recht. Danach unterscheidet man die Beendigung der laufenden Geschäfte, die Einziehung der Forderungen, die Versilberung des Vermögens und die Befriedigung der Gläubiger. Zunächst wollen wir uns der Beendigung der laufenden Geschäfte zuwenden. Die Liquidatoren sollen zwar danach streben, alle laufenden Geschäfte möglichst rasch ihrem Ende entgegenzuführen, doch darf dabei die Abwicklung nicht übereilt werden, sodaß ein Schaden für die Gesellschaft entsteht. Aus diesem Grunde kann auch eine schon früher mögliche Erledigung eines Geschäfts auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Dagegen haben sie nicht das Recht, die laufenden Geschäfte wegen der Liquidation der Gesellschaft vorzeitig zu kündigen. Auch die Gläubiger können nicht wegen der Auflösung der Gesellschaft ein mit ihr eingegangenes Vertragsverhältnis vorzeitig lösen.[1]) Auch die Beendigung der tatsächlichen Verrichtungen zählt hierher. Versuche und Fabrikation sind einzustellen, jedoch dann nicht, wenn der Erfolg oder die Herstellung unmittelbar bevorsteht.

Auch die schwebenden Prozesse haben die Liquidatoren zu Ende zu führen und dafür zu sorgen, daß sie nicht unnötig verzögert werden.

Es ergibt sich nun oft die Notwendigkeit, zur Beendigung von Geschäften neue Geschäfte einzugehen, z. B. zur Erfüllung übernommener Lieferungsverpflichtungen neue Ware einzukaufen oder zum Verkauf eines Warenlagers die Bestände aufzufüllen. Die Befugnis hierzu ist deshalb den Liquidatoren durch § 149 dt. und Art. 137 ö. HGB. besonders eingeräumt. Es heißt hier: „Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen." Man darf aber aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht den Schluß ziehen, als seien neue Geschäfte nur zur Beendigung schwebender Geschäfte erlaubt. Vielmehr will diese besondere Hervorhebung„ dem Zweifel begegnen, ob diese Abwicklung auch durch Eingehung eines neuen Geschäfts ermöglicht werden

[1]) Brand, S. 415.

dürfe, die sonst außerhalb der Aufgabe der Liquidation liegt."[2]) Daß dagegen zur Erfüllung der anderen Aufgaben der Liquidatoren neue Geschäfte eingegangen werden und deshalb erlaubt sein müssen, ist selbstverständlich und im Gesetz nicht besonders hervorgehoben worden. Grundsätzlich dürfen solche Geschäfte nicht werbenden Charakter haben. Doch gibt es Fälle, in denen auch werbende Geschäfte während der Liquidation vorgenommen werden können. Es wäre ja möglich, daß die Gesellschafter beschlössen, die Auflösung der Gesellschaft wieder rückgängig zu machen und ihre produktive Seite wieder herstellten. So können durch übereinstimmenden Beschluß auch einzelne Geschäfte abgeschlossen werden, die werbenden Charakter tragen.[3]) Auch der Liquidator kann solche Geschäfte abschließen, doch bedarf er dann der Genehmigung der Gesellschafter, welche schon als erteilt anzusehen ist, wenn kein Gesellschafter widerspricht. Demnach darf der Liquidator werbende Geschäfte nur innerhalb der Liquidationstätigkeit vornehmen, sonst nur mit Zustimmung aller Gesellschafter.

Es ist aber oft schwer zu entscheiden, ob ein Geschäft den Liquidationszwecken dient oder ob es der Zustimmung der Gesellschafter bedarf. Für die Bewertung ist nicht etwa der juristische Charakter des Geschäfts, sondern der wirtschaftliche Zusammenhang maßgebend.[4]) Dabei kommt es nicht darauf an, ob dadurch tatsächlich der Liquidationszweck gefördert worden ist, sondern ob er durch das vorgenommene Geschäft gefördert werden konnte und sollte. Es ist demnach eine objektive und subjektive Zweckverknüpfung erforderlich.[5])

b) Die Erfüllung der Verbindlichkeiten.

Eine weitere Aufgabe der Liquidatoren ist die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. Geldschulden werden durch Zahlung getilgt. Eine auf eine andere Leistung gerichtete Forderung bleibt als solche bestehen, sie verwandelt sich nicht etwa wie im Konkurs (§ 69 K.-O.) in eine Geldschuld. Auch Aufrechnung und Hinterlegung sind möglich. Ferner kann der Liquidator Vergleiche abschließen. Dies ist im österreichischen Recht (Art. 137) besonders hervorgehoben, wird aber auch im deutschen Recht allgemein zugelassen, da hierdurch nicht der Rahmen der allgemeinen Vertretungsmacht überschritten wird. Auch die Bestimmung des Konkursrechts, wo-

[2]) RG., Bd. 44, S. 83.
[3]) Wimpfheimer, S. 166; Düringer-Hachenburg, S. 708.
[4]) Düringer-Hachenburg, S. 708.
[5]) Düringer-Hachenburg, S. 708; für nur erforderliche objektive Zweckverbundenheit treten Ritter, S. 199, und Makower, S. 391, ein.

nach noch nicht fällige Forderungen als fällig angesehen werden (65,1), findet hier kein analoges Gegenstück, vielmehr ist die Fälligkeit abzuwarten. Hier tritt wieder deutlich hervor, daß das Liquidationsverfahren nicht wie das Konkursverfahren dem Interesse der Gläubiger, sondern dem der Gesellschafter dient. Es kann allerdings eine Vereinbarung dahin stattfinden, daß die Leistung vorzeitig bewirkt und angenommen wird. Ob die Liquidatoren im einzelnen Fall erfüllen oder nicht erfüllen wollen, steht in ihrem pflichtmäßigen Ermessen. Doch sind sie an einen einstimmig gefaßten Beschluß der Gesellschafter gemäß § 152 dt. bezw. Art. 140 ö. HGB. gebunden.

Dasselbe gilt für bedingte und streitige Forderungen. Auch hier haben die Liquidatoren zu entscheiden, ob die Forderungen anerkannt werden sollen oder nicht. Erkennen sie nicht an, so haben sie das zur Deckung Erforderliche zurückzubehalten.

Die Frage, ob der Liquidator auch eine verjährte Forderung verbindlich anerkennen könne, d. h. ob eine solche Anerkennung in den Rahmen der Liquidationsgeschäfte fällt, ist bestritten. Staub-Pisko [6]) verneinen diese Frage unter Berufung auf eine, allerdings auf Grund der Vorschriften des Preußischen Allgemeinen Landrechts gefällte Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts.[7]) Sie sagt, daß die Wiederbelebung einer erloschenen Schuld begrifflich über den Rahmen der Liquidationstätigkeit hinausgehe.[8]) Den gegenteiligen Standpunkt nimmt Goldmann [9]) ein, der ein Anerkenntnis einer verjährten Schuld durch die Liquidatoren stets für zulässig hält. Wir können weder der einen noch der anderen Ansicht beipflichten. Man kann weder allgemein sagen, daß die Anerkennung einer verjährten Forderung sich im Rahmen der Liquidationsaufgaben hält, noch auch, daß sie den Umfang überschreitet. Vielmehr kommt es in jedem einzelnen Fall auf das Interesse der Liquidation an. Erfordert dieses Interesse das Anerkenntnis, so ist es für zulässig zu erachten. Es ist demnach nicht der formale Charakter des Rechtsgeschäfts, sondern der wirtschaftliche Zweck seiner Vornahme entscheidend.[10])

Zu den Gesellschaftsgläubigern können auch die Gesellschafter selbst zählen. Doch ist dabei zu unterscheiden, ob ihre Forderungen auf dem Gesellschaftsverhältnis oder auf einem von diesem rechtlich unabhängigen Grunde beruhen. Diese Unterscheidung lehnt Goldmann [11]) ab. Er fordert in

---

[6]) S. 409.
[7]) Bd. 9, S. 84.
[8]) Ebenso Makower, S. 390.
[9]) S. 664.
[10]) Düringer-Hachenburg, S. 717; Brand, S. 417.
[11]) S. 666, in Anlehnung an RG., Bd. 29, S. 16.

beiden Fällen von dem klagenden Gesellschafter, daß aktives Gesellschaftsvermögen zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten der aufgelösten Gesellschaft vorhanden ist. Dies ist nur zuzugeben, für den Fall, daß es sich um reine Gesellschaftsforderungen handelt.[12]) Wenn die Forderungen aber auf einem von dem Gesellschaftsverhältnis unabhängigen Grunde beruhen (z. B. Darlehen), ist nicht einzusehen, weshalb die Gesellschafter schlechter als irgend ein Dritter gestellt sein sollen. Hier ist deshalb ein solcher Nachweis nicht erforderlich. „Die Gesellschafter können vielmehr Befriedung in demselben Verhältnis wie andere Gläubiger fordern, selbst wenn das Gesellschaftsvermögen zur vollen Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht."[13])

c) Versilberung des Gesellschaftsvermögens.

Die Liquidatoren sind weiterhin angewiesen, das gesamte Vermögen in Geld umzusetzen (§ 149 dt., Art. 137 ö. HGB.), einmal um die Gläubiger bar abfinden zu können und zweitens, um den Gesellschaftern ihren Anteil bar auszahlen zu können. Der Zeitpunkt und die Art des Verkaufs ist dem pflichtmäßigen Ermessen der Liquidatoren überlassen. Ein bestimmter Weg ist ihnen weder vorgeschrieben noch verboten mit einer Ausnahme im österreichischen Recht. Hier bestimmt Art. 137,2, daß die Veräußerung von unbeweglichen Sachen durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter nicht anders als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden kann. Diese Bestimmung wird ihren Grund darin haben, daß durch die hierbei erfolgende öffentliche Bekanntmachung und unbeschränkte Zulassung von Bietern unter gleichen Bedingungen die Preistreibung gesichert ist und gewöhnlich am ehesten eine Gewähr für entsprechende Verwertung gegeben ist.[14]) Diese Schranke ist im neuen deutschen Recht fallengelassen worden. Hier kann, wie auch im übrigen im österreichischen Recht, die Versilberung in den verschiedensten Formen erfolgen, durch Tausch oder Verkauf, freihändig oder auch durch öffentliche Versteigerung. Allerdings erfordert jeder Akt der Versilberung juristisch ein neues Geschäft, das an sich, wie wir wissen, nicht in den Rahmen der Liquidationstätigkeit fällt. Hier ist es aber eine Notwendigkeit, ja eine Selbstverständlichkeit und deshalb im Gesetz nicht besonders hervorgehoben.[15]) Zum Zwecke der Versilberung können auch die Aktiva der Gesellschafter in eine neu-

[12]) Brand, S. 417.
[13]) Brand, S. 417; Makower, S. 390.
[14]) Siquet, S. 68.
[15]) RG., Bd. 44, S. 84.

gegründete A.-G. oder GmbH. gegen Gewährung von Aktien oder Geschäftsanteilen eingebracht werden.[16]) Ferner sind die Liquidatoren nicht angewiesen, einzeln zu verkaufen. Sie können mehrere Vermögensgegenstände und unter Umständen auch die gesamten Aktiva für einen Gesamtpreis verkaufen.[17]) Daß sie auch befugt seien, das Geschäft als Ganzes zu veräußern,[18]) muß als zu weitgehend abgelehnt werden. Dazu bedarf es in jedem Falle der Zustimmung aller Beteiligten.[19])

d) Die Einziehung der Forderungen.

Zunächst ist festzustellen, daß nicht etwa auch die Gesellschafter, sondern nur die Liquidatoren das Recht auf Einziehung haben. Der Gesellschafter kann auch nicht vor eingeleiteter Liquidation auf Zahlung zu einer zu bildenden Liquidationsmasse klagen.[20])

Zu den einzuziehenden Forderungen zählen sowohl Geld- wie dingliche Ansprüche. Was die Einziehung als solche anbetrifft, so ist über die Art und das Maß den Liquidatoren freie Hand zu lassen. Sie können bei streitigen Forderungen Vergleiche abschließen, an Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere einziehen, sie können auch eine bedingte, befristete oder zweifelhafte Forderung zwecks Realisierung verkaufen und abtreten.[21])

Auch die Forderungen, welche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter zustehen, sind einzuziehen. Soweit es sich um Forderungen handelt, die nicht auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, ist dies selbstverständlich, da die Gesellschafter insoweit die rechtliche Stellung eines Dritten haben. Aber auch die rückständigen Einlagen sind einzuziehen, da die Einlagen nicht nur zu Erwerbszwecken, sondern auch zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft dienen sollen.[22]) Dem Gesellschafter ist es allerdings dabei unbenommen, nachzuweisen, daß die Einziehung der Einlage nicht zur Gläubigerbefriedigung notwendig ist.[23]) Nur dann ist die Einziehung aus-

[16]) Düringer-Hachenburg, S. 713; abw. Brand, S. 416.
[17]) Goldmann, S. 666.
[18]) So Bauer, S. 173; Makower, S. 390; Ritter, S. 199; Staub-Pinner, S. 779.
[19]) Brand, S. 416; Goldmann, S. 666.
[20]) Goldmann, S. 665.
[21]) Düringer-Hachenburg, S. 709; Ritter, S. 199.
[22]) Brand, S. 416; Düringer-Hachenburg, S. 710; ROHG., Bd. 22, S. 136.
[23]) RG., Bd. 45, S. 155.

geschlossen, wenn die Einlage nach Vereinbarung nur als Betriebskapital und nicht auch als Schuldentilgungsfonds dienen sollte.[24])

Ueber die vertraglichen Einlagen hinaus darf der Liquidator keine Zuschüsse zur Schuldentilgung fordern; dies würde im österreichischen Recht dem Artikel 92, im deutschen Recht § 707 BGB. widersprechen, wonach der Gesellschafter zu einer Erhöhung des vereinbarten Beitrages nicht verpflichtet ist.[25])

B. Das Auseinandersetzungsverfahren.

a. Aufstellung der Bilanzen.

Hier besteht zwischen dem deutschen und österreichischen Recht insofern ein Unterschied, als nach deutschem Recht (§ 154) die Liquidatoren zur Aufstellung einer Eröffnungs- und Schlußbilanz verpflichtet sind, während sie nach österreichischem Recht nur eine Schlußbilanz aufzustellen haben. Zwar sagt das Gesetz nur, daß die Liquidatoren die schließliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeizuführen haben, doch wird diese Vorschrift in dem angeführten Sinne ausgelegt.[26])

In die nach deutschem Recht geforderte Eröffnungsbilanz ist das Gesellschaftsvermögen aufzunehmen, wie es sich im Zeitpunkt des Beginnes der Liquidation darstellt. Die im Verlauf der Anfertigung der Bilanz eintretenden Veränderungen bleiben außer Betracht. Was den Zweck der Eröffnungsbilanz betrifft, so unterscheidet sie sich von der gewöhnlichen Jahresbilanz dadurch, daß sie nicht den geschäftlichen Erfolg einer bestimmten Wirtschaftsperiode ermitteln, sondern einen Ueberblick über das vorhandene zu liquidierende Vermögen gewähren und die Vermögensverteilung vorbereiten soll.[27]) Aus diesem veränderten Zweck ergeben sich auch andere Gesichtspunkte, nach denen die Bilanz aufzustellen ist. Da das gesamte Vermögen realisiert werden soll, muß festgestellt werden, welchen Wert die einzelnen Vermögensstücke bei einem sofortigen oder alsbaldigen Verkauf haben würden. Es ist demnach nicht ihr Buch- oder Gebrauchswert, sondern der sogenannte Schmelzwert zu ermitteln.[28]) Hierbei ist wieder

[24]) Düringer-Hachenburg, S. 710; ROHG., Bd. 25, S. 166.
[25]) Staub-Pisko, S. 410; Pinther, S. 45; ROHG., Bd. 25, S. 159; RG., Bd. 40, S. 31.
[26]) Ehrenreich-Fischer, S. 320; Staub-Pisko, S. 418.
[27]) RG., Bd. 80, S. 107.
[28]) Müller-Erzbach, S. 222.

von großer Wichtigkeit, ob den Liquidatoren längere Zeit zur Verfügung steht, oder ob die Abwicklung aus irgend welchen Gründen beschleunigt werden muß. Ferner, ob die einzelnen Gegenstände nur langsam nach und nach verkauft werden können oder ob sich eine Gelegenheit zu einem Verkauf des Geschäfts als Ganzem bietet.

Es herrscht nun darüber Streit, ob der auf Grund der Eröffnungsbilanz errechnete Gewinn oder Verlust auf die Kapitalkonten verteilt oder vorgetragen werden soll. Für letztere Ansicht treten insbesondere Düringer-Hachenburg [29]) ein mit der Begründung, es widerspräche der den Liquidatoren durch das Gesetz eingeräumten Stellung, wenn sie durch die Art der Aufmachung der Liquidationsbilanz in das materielle Verhältnis der Gesellschafter untereinander eingreifen könnten, zumal, wenn ein Gesellschafter selbst Liquidator sei und es demnach in der Hand hätte, die Bilanz zu seinem persönlichen Vorteil aufzustellen. Diese Begründung ist nicht zwingend; denn, wie Staub-Pinner [30]) mit Recht betonen, eine unrichtige Aufstellung der Eröffnungsbilanz ist praktisch bedeutungslos. Spätestens bei der Schlußbilanz müssen doch die richtigen Werte und die richtigen Kapitalkonten in Erscheinung treten. Eine Berichtigung der Kapitalkonten ist vielmehr unerläßlich, da gemäß § 155,2 vor Aufstellung der Schlußbilanz Abschlagsverteilungen stattfinden und diese nur nach dem Verhältnis der im Anschluß an die Eröffnungsbilanz erfolgten Berechnung der Kapitalanteile bewirkt werden können.[31])

Sobald die Liquidation beendigt ist, d. h. wenn die schwebenden Geschäfte abgewickelt, die Forderungen eingezogen, das Vermögen in Geld umgesetzt und die Gläubiger befriedigt sind, ist die Schlußbilanz aufzustellen. Im österreichischen Recht werden erst auf Grund dieser Bilanz die Konten der Gesellschafter richtiggestellt und festgestellt, welcher Aktiv- und Passivsaldo für sie verbleibt. Die Bewertungsfrage spielt hierbei keine Rolle, da alles Vermögen versilbert ist.

Zur Aufstellung der Bilanzen sind die Liquidatoren verpflichtet und können dazu von den Gesellschaftern im Klageweg angehalten werden. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so finden nach deutschem Recht, wenn nachträglich Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung der Gesellschaft erfolgt, gemäß § 244 K.-O. die Strafvorschriften der §§ 239 bis 241 K.-O. Anwendung; denn die Pflicht zur Aufstellung der Bilanzen ist ausnahmsweise eine Vorschrift im Interesse

---

[29]) S. 744.
[30]) S. 785.
[31]) Goldmann, S. 675; siehe ferner Lehmann-Ring, S. 470; Brand, S. 421.

der Gläubiger. Deshalb kann auch kein gemäß § 152 HGB. einstimmig gefaßter Beschluß der Gesellschafter die Liquidatoren von dieser Verpflichtung entbinden.[32])

b. Abschlagsverteilungen.

Die Liquidation hat den Zweck, den Gesellschaftern ihr Vermögen wieder zuzuführen. Wenn demnach ersichtlich ist, daß mehr als ausreichendes Kapital zur Gläubigerbefriedigung vorhanden ist, steht nichts im Wege, das überschüssige Kapital vorweg unter die Gesellschafter zu verteilen. Diesem Umstand ist durch das Gesetz Rechnung getragen, indem das deutsche wie das österreichische Recht (§ 155,2 Satz 1 dt., Art. 141,1 ö. HGB.) die vorläufige Verteilung des während der Liquidation entbehrlichen Geldes zuläßt. Doch haben die Liquidatoren die Verpflichtung, soviel Geld zurückzubehalten, als zur Deckung noch nicht fälliger oder streitiger Verbindlichkeiten sowie zur Sicherung der den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zukommenden Beträge erforderlich ist. Diese Zurückbehaltung ist deswegen notwendig, „weil sich nach der Schlußbilanz der Verteilungsmaßstab anders gestalten kann als nach der der vorläufigen Verteilung zugrunde liegenden Eröffnungsbilanz." [33]) Was als entbehrlich anzusehen ist, entscheiden wiederum die Liquidatoren nach pflichtmäßigem Ermessen. Von einer Entbehrlichkeit kann erst gesprochen werden, wenn das Geld weder für die Kosten der Verwaltung, noch für die Befriedigung der Gläubiger, noch für die Rechnung der den Gesellschaftern bei der Schlußverteilung zukommenden Beträge erforderlich ist. Die Verteilung geschieht nach dem Verhältnis der Kapitalanteile der Gesellschafter. Maßgebend sind aber nicht, wie Düringer-Hachenburg [34]) annehmen, die Kapitalanteile nach der Berechnung auf Grund der letzten Jahresbilanz, sondern auf Grund der Eröffnungsbilanz.[35]) Der Gesellschafter-Liquidator kann an sich selbst zahlen, da er in Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Der einzige Unterschied zwischen dem deutschen und österreichischen Recht in der Frage der Abschlagsverteilung ist der, daß im deutschen Recht § 122,1 durch § 155,2 Satz 3 ausdrücklich ausgeschlossen ist, sodaß das Recht auf Entnahme von 4 Prozent des letzten Kapitalanteils sowie die Erhebung eines gemachten Gewinnes entfällt. Im österreichischen Recht hingegen dauern diese Rechte auch während der Liquidation fort.

---

[32]) Brand, S. 421; Goldmann, S. 676; Ritter, S. 207.
[33]) Denkschrift, S. 106.
[34]) S. 751.
[35]) Ebenso Bauer, S. 190; Makower, S. 398; Goldmann, S. 679.

c) Schlußverteilung.

Nach der Berichtigung der Schulden ist das verbleibende Vermögen der Gesellschaft unter die Gesellschafter zu verteilen (§ 155,1 dt., Art. 142 ö. HGB.) Diese Verteilung geschieht ebenfalls durch die Liquidatoren, die hiermit ihre letzte Aufgabe zu erfüllen haben. Die Schlußverteilung erfolgt nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich auf Grund der Schlußbilanz ergeben. Ist auf Grund einer unrichtigen Eröffnungsbilanz einem Gesellschafter zuviel oder zu wenig rückvergütet worden, so findet hier der Ausgleich statt.

Auf die Schlußverteilung haben die Gesellschafter ein Recht und können diese im Klagewege erzwingen.[36]) Verweigert der Liquidator die Verteilung zu Unrecht, so macht er sich schadensersatzpflichtig.[37])

Hat ein Gesellschafter Sachen eingebracht, die er der Gesellschaft nur zum Gebrauch überlassen hat, so müssen ihm diese bei Beendigung der Liquidation wieder herausgegeben werden. Für den Fall, daß er der Gesellschaft Gegenstände zum Eigentum als Einlage überlassen hat, wird ihm nach deutschem Recht der Wert dieser Einlage von vornherein gutgeschrieben und kommt nur noch als Geldposten zur Geltung.[38]) Im österreichischen Recht geschieht die Erstattung, wenn keine Uebereinkunft getroffen ist, gemäß Artikel 143,2 nach dem Werte, welchen die Sachen zur Zeit der Einbringung hatten. Dieser äußere Unterschied gegenüber dem deutschen Recht wird dadurch wieder ausgeglichen, daß sich der Gesellschafter gefallen lassen muß, daß von diesem Wert soviel abgeschrieben wird, als der Gegenstand durch Abnutzung an Wert verloren hat.[39])

Wenn über die Verteilung unter den Gesellschaftern Streit entsteht, haben die Liquidatoren kein Recht, über diesen Streit selbst zu entscheiden, sondern müssen sie eine richterliche Entscheidung herbeiführen. Bis zum Erlaß dieser Entscheidung muß die Verteilung ausgesetzt werden. Nehmen die Liquidatoren trotz erfolgten Widerspruches die Verteilung vor, so machen sie sich schadensersatzpflichtig.[40]) Die Gesellschafter könnnen demgegenüber Klage zur Unterlassung erheben und die Aussetzung durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung erreichen.

---

[36]) Bauer, S. 192.
[37]) Pinther, S. 53; Brand, S. 423; Staub-Pinner, S. 789.
[38]) Staub-Pinner, S. 789; RG., Bd. 56, S. 433.
[39]) Staub-Pisko, S. 420.
[40]) Düringer-Hachenburg, S. 754.

VII. Ordnungsvorschriften.

Die Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft enthalten eine Reihe von formellen Vorschriften. Nach deutschem und österreichischem Recht (§ 148,1 Satz 1 dt., Art. 135,1 ö. HGB.) sind zunächst von sämtlichen Gesellschaftern die Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Nachdem die Auflösung der Gesellschaft erfolgt und dieses zum Handelsregister angemeldet ist, ist eine Anmeldung der Liquidation, obwohl diese als gewöhnliche gesetzliche Folge ausgeschlossen werden kann, nicht erforderlich. Erst die Ernennung von neuen Liquidatoren erzeugt wieder eine Anmeldepflicht. Im österreichischen Recht sind die Liquidatoren jeder Art anzumelden, also sowohl die auf Beschluß der Gesellschafter und die durch den Gesellschaftsvertrag ernannten, als auch die gesetzlichen und richterlich bestellten Liquidatoren. Im deutschen Recht bilden die gerichtlich bestellten Liquidatoren eine Ausnahme. Diese werden gemäß § 148,2 von Amts wegen eingetragen.

Ferner ist jede Aenderung in der Person der Liquidatoren oder in ihrer Vertretungsmacht anzumelden. Fälle der Aenderung der Person des Liquidators sind z. B. gegeben bei Abberufung durch einstimmigen Beschluß der Beteiligten oder bei Niederlegung des Amtes. Die Vertretungsmacht kann sich ändern, wenn die grundsätzliche Gesamtvertretungsmacht durch Beschluß der Gesellschafter in eine Einzelvertretungsmacht umgewandelt wird.

Diese Anmeldungen zum Handelsregister sind von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. Für einen geschäftsunfähigen oder minderjährigen Gesellschafter handelt sein gesetzlicher Vertreter. Bestritten ist im deutschen Recht die Frage, ob im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkursverwalter oder der Gemeinschuldner selbst die Anmeldung vorzunehmen hat. Staub-Pinner [1]) schreiben diese Pflicht dem Konkursverwalter zu. Wenn sie jedoch zur Begründung vortragen, daß der Konkursverwalter „auch in materieller Hinsicht sowohl nach den Vorschriften der Konkursordnung (§ 6), als auch im Sinne des Handelsgesetzbuches für Fragen dieser Art an die Stelle des Gesellschafters tritt", so ist dem entgegenzuhalten, daß die dem Konkursverwalter nach § 6 KO. übertragene Vertretungsmacht sich auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht beschränkt. Im übrigen bleibt aber der Gemeinschuldner geschäftsfähig und hört auch nicht unter allen Umständen auf, Kaufmann zu sein.[2]) Auch aus dem Sinne

[1]) S. 772; ebenso Brand, S. 414, und Lehmann-Ring, S. 460.
[2]) Vgl. Jaeger, Anm. 23—27 zu § 6 KO.

des Handelsgesetzbuchs, insbesondere des § 146,3 kann kein Argument für diese Ansicht beigebracht werden. Im Gegenteil muß auch hier der Konkursverwalter in seiner Tätigkeit auf Handlungen beschränkt bleiben, die mit dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners zusammenhängen. Die Ausübung der Anmeldepflicht ist aber nicht geeignet, in irgendeiner Weise auf das Vermögen des Gemeinschuldners einzuwirken. Sie muß demnach auch dem Gesellschafter verbleiben.[3])

Im Falle des Todes eines Gesellschafters sind alle Erben verpflichtet, der Anmeldepflicht zu genügen. Da die Ermittelung und die Heranziehung sämtlicher Erben oft mit großen Schwierigkeiten verbunden ist, gestattet das deutsche Recht (§ 148, Satz 2) dem Registerrichter, die Eintragung unter zwei Voraussetzungen trotzdem vorzunehmen: Erstens muß der Richter die Ueberzeugung haben, daß die Anmeldung den Tatsachen entspricht und zweitens müssen einer Mitwirkung aller Erben besondere Hindernisse entgegenstehen. Wenn diese Voraussetzungen nach dem Ermessen des Registerrichters vorliegen, ist er nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Eintragung vorzunehmen.[4]) Im österreichischen Recht fehlt diese erleichternde Bestimmung, so daß hier beim Tod eines Gesellschafters nur alle Erben gemeinsam der Anmeldepflicht genügen können.

Eine weitere Unterscheidung zwischen dem deutschen und österreichischen Recht besteht darin, daß § 157,1 dt. HGB. den Liquidatoren vorschreibt, nach Beendigung der Liquidation das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, während im österreichischen Recht eine derartige Bestimmung fehlt. Voraussetzung für die Anmeldung ist, daß der Geschäftsbetrieb vollständig eingestellt, das Vermögen versilbert und nach Begleichung aller Schulden das Vermögen unter die Gesellschafter verteilt ist. Eine vollständige Verwertung des Gesellschaftsvermögens liegt noch nicht vor, wenn Forderungen der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter noch nicht eingezogen oder sonstige Vermögensstücke vorhanden sind. Dagegen steht der Beendigung der Liquidation nicht entgegen, daß noch Schulden übrig bleiben, die wegen Unzulänglichkeit des Vermögens nicht getilgt sind.[5])

Zu der Anmeldung sind nur die Liquidatoren berechtigt und verpflichtet, nicht die Gesellschafter. Dies hat seinen Grund darin, weil die Liquidatoren besser beurteilen können, ob die Liquidation wirklich durchgeführt ist oder nicht. Doch

[3]) Ebenso Goldmann, S. 660; Düringer-Hachenburg, S. 702.
[4]) Goldmann, S. 661.
[5]) Brand, S. 426/7.

besteht diese Pflicht für die Liquidatoren nur, wenn das Erlöschen der Firma eine Folge der Beendigung der Liquidation ist. Wenn dagegen die Gesellschafter die Liquidatoren garnicht erst haben tätig werden lassen, z. B. durch die Vereinbarung einer anderen Art der Auseinandersetzung, insbesondere dem Verkauf des Geschäfts ohne Firma, dann haben sie selbst die Löschung der Firma herbeizuführen.[6]) Die Form der verschiedenen Anmeldungen richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften.

VIII. Das Ende der Liquidation.

Wenn die Beendigung der Liquidation durchgeführt ist, sind grundsätzlich die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zu Dritten erloschen. Trotzdem werden die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft einem der Gesellschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. Dies liegt zunächst im eigenen Interesse der Gesellschafter. Die Bücher und Papiere sind von Wichtigkeit für das Verhältnis der Teilhaber untereinander. Auch können sie zur Klarstellung von Rechtsbeziehungen zu Dritten dienen, welche sich auf Grund der persönlichen Haftung an die Gesellschafter halten. Die diesbezüglichen Vorschriften sind im deutschen und österreichischen Recht gleich (§ 157,2 dt., Art. 145 ö. HGB.). Sie sind eine Folgerung der allgemeinen Vorschriften, nach welchen jeder Kaufmann verpflichtet ist, seine Handelsbücher, Handelsbriefe, Inventare und Bilanzen aufzubewahren. Zwei Voraussetzungen sind jedoch erforderlich: zunächst muß die Gesellschaft in Liquidation getreten und das Abwicklungsverfahren beendigt sein, ferner müssen sich die Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft noch in ihrem Besitze befinde. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so greifen andere Vorschriften Platz.[1])

Die aufbewahrende Person kann ein Gesellschafter oder ein Dritter sein. Ein Dritter muß selbstverständlich seine Einwilligung geben, da ihn ex lege eine derartige Verpflichtung nicht treffen kann. Die Verwahrung würde auch immer eine entgeltliche sein. Der Gesellschafter hingegen ist nach den allgemeinen Vorschriften zur Aufbewahrung verpflichtet, doch wird auch ihm, da die Gesellschafter sämtlich als Gesamtschuldner zur Aufbewahrung verpflichtet sind, und diese des-

[6]) Bauer, S 208; Düringer-Hachenburg, S. 767.

[1]) Staub-Pisko, S. 426; Brand, S. 427; a. M. Goldmann, S. 687; Düringer-Hachenburg, S. 768, für den Fall, daß eine Liquidation nicht stattgefunden oder durch Beschluß wieder eingestellt worden ist.

halb im Interesse aller erfolgt, ein billige Entschädigung zuzuerkennen sein.

Ueber die Bestimmung der Person entscheidet in erster Linie die Verständigung der Gesellschafter. Bei dieser Beschlußfassung dürfen die Liquidatoren nicht mitwirken, da ihre Tätigkeit bereits beendet ist. Auch jeder Konkursverwalter ist hiervon ausgeschlossen. Der Ansicht von Lehmann-Ring [2]) und Düringer-Hachenburg,[3]) welche das doppelte Einverständnis dmes Gemeinschuldners und des Konkursverwalters fordern, ist entgegenzuhalten, daß die Handelsbücher der offenen Handelsgesellschaft nicht zur Konkursmasse gehören, da sie nicht die Handelsbücher des Gemeinschuldners sind.[4]) Sie sind daher in dem Privatkonkurse über das Vermögen eines Gesellschafters nicht auf Grund der Vorschrift des § 122, 2 K.-O. zu schließen.[5]) Deshalb ist auch die Ansicht unhaltbar, daß die Aufbewahrung zur Verwaltung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens gehöre.[6]) Kommt keine Verständigung zustande, so bestimmt das Gericht den Aufbewahrer. Zu dem Antrage ist jeder Gesellschafter, der Erbe eines Gesellschafters und der Konkursverwalter berechtigt. Auch der Liquidator; denn er muß die Möglichkeit haben, die ihm während der Liquidation obliegende Aufbewahrungspflicht auf einen Gesellschafter abzuwälzen. Das Gericht kan auch dann angerufen werden, wenn die Gesellschafter bereits eine Person mit der Verwahrung beauftragt haben, die sich jedoch hinterher als ungeeignet erweist oder der berechtigten Einsichtnahme Schwierigkeiten bereitet, vorausgesetzt natürlich, daß über die Bestellung eines neuen Verwahrers unter den Gesellschaftern eine Einigung nicht zu erzielen ist.[7]) Andererseits gilt die gerichtliche Bestimmung nur insoweit und solange, als keine Verständigung unter den Gesellschaftern erfolgt ist. Kommt n a c h der gerichtlichen Bestimmung eine Verständigung zustande, so setza diese die erstere außer Kraft.[8])

§ 157 dt. HGB. bestimmt in Absatz 3 weiter, daß die Gesellschafter und deren Erben das Recht auf Einsicht der Bücher und Papiere behalten. Nicht berechtigt sind demnach die Liquidatoren, der Privatgläubiger des § 135 und der Konkursverwalter über das Vermögen eines Gesellschafters. Für diese Personen bestimmt sich das Recht der Einsichtnahme nach § 810 BGB. Dagegen steht jedem Gesellschafter das

---

[2]) S. 479.
[3]) S. 769.
[4]) Vgl. § 1 Abs. 3 KO.
[5]) Vgl. Jaeger, Anm. 20 zu § 1 KO. und Anm. 4 zu § 122 KO.
[6]) Goldmann, S. 688; Brand, S. 428; Ritter, S. 205.
[7]) Bauer, S. 204.
[8]) Bauer, S. 204.

Recht auch dann zu, wenn er während des Bestehens der Gesellschaft von der Geschäftsführung ausgeschlossen war.[9]) Auch das österreichische Recht gewährt in Art. 145,2 den Gesellschaftern und Erben nach der Liquidation das Recht auf Einsicht u. Benutzung der Bücher und Papiere, erweitert aber den Kreis der Berechtigten auf die gesamten Rechtsnachfolger, so daß auch die Personen in Betracht kommen, denen von einem der früheren Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung abgetreten oder im Wege der Anweisung überlassen worden ist oder die am schließlichen Geschäftsanteile des Gesellschafters ein Pfandrecht erlangt haben.[10])

Ein Nachweis darüber, zu welchem Zwecke die Papiere der Gesellschaft gebraucht werden sollen, kann nicht verlangt werden. Jeder an sich erlaubte Zweck ist zulässig. So kann Einsicht genommen werden, um Material zur Verteidigung gegen erhobene Ansprüche oder zur Begründung von Ansprüchen zu gewinnen oder um die Handelsverbindungen der Gesellschaft kennenzulernen oder um Geschäfts- und Fabrikgeheimnisse zu erforschen und für sich auszunutzen, soweit sie nicht veräußert worden sind.[11]) Doch muß die Einsichtnahme und Benutzung durch die Berechtigten persönlich erfolgen. Eine Vertretung ist nur unter besonderen Umständen gestattet.

---

[9]) Goldmann, S. 689.
[10]) Hergenhahn-Tuchatsch, S. 410.
[11]) Düringer-Hachenburg, S. 772; Hergenhahn-Tuchatsch, S. 410.